شائبة الخطأ في الحكم الجنائي

محاولة فقهية وعملية لإرساء نظرية عامة

الخطأ المفترض	الخطأ المحتمل	الخطأ في القانون	الخطأ في الواقع
والطعن بالمعارضة	والطعن بالاستئناف	والطعن بالنقض	والطعن بإعادة النظر

دكتور

محمد زكي أبو عامر

مدرس القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى أستاذى الكبير

الدكتور حسن صادق المرصفاوى ...

لفكرك المفتوح وصدرك الرحب

وكمال الأستاذ فيك

دلالة المختصرات

ق . ا . ج	= قانون الاجراءات الجنائية
ق . ت . ج .	= قانون تحقيق الجنايات
ق . ع .	= قانون العقوبات
ق . ا . ج . م .	= قانون الاجراءات الجنائية المصرى
ق . ا . ج . ف .	= قانون الاجراءات الجنائية الفرنسى

B	:	Bulletin des arrets de la chambre criminelle de la Cour de Cassation.
C. I. C.	:	Code d'instruetion criminelle.
C. P. P.	:	Code de procédure péuale.
D.	:	Recueil Dalloz.
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais.
J. C. P.	:	Juris-Classeur Périodique.
Rev.Critique	:	
Rev.Sc.Crim	:	Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparè.
S	:	Recueil Sirey.

محتويات الكتاب

شائبة الخطأ فى الحكم الجنائى
ونظرية الطعن فيه

مقدمـة

القسم الأول
طبيعة الخطأ فى تقدير قاعدة الطعن بالمعارضة والاستئناف

الباب الأول
الخطأ المفترض
الفصل الأول
فكرة المعارضة

الفصل الثانى
الارتباط التاريخى بين الغيبة والمعارضة

الفصل الثالث
نطاق الخطأ المفترض
أو الحضور والغيبة فى التشريعين المصرى والفرنسى

الفصل الرابع
الخطأ المفترض كأساس للطعن بالمعارضة

الباب الثانى
الخطأ المحتمل
الفصل الأول
فكرة الاستئناف

الفصل الثانى
الدور التاريخى للاستئناف

الفصل الثالث
الخطأ المحتمل كأساس للطعن بالاستئناف

الفصل الرابع

النطاق التشريعى للخطأ المحتمل

القسم الثانى

نوعية الخطأ فى الطعن بالنقض وإعادة النظر

الباب الأول

الخطأ فى القانون

الفصل الأول

فكرة النقض

الفصل الثانى
الارتباط التاريخى بين الخطأ فى القانون وبين الطعن بالنقض

الفصل الثالث
ارتباط الخطأ فى القانون بدور محكمة النقض

الفصل الرابع
نطاق الخطأ فى القانون

الفصل الخامس
الخطأ فى القانون

الفصل السادس
التضييق من نطاق الخطأ فى القانون
أو العقوبة المبررة

الباب الثانى
الخطأ فى الواقع والخطأ القضائى
الفصل الأول
فكرة إعادة النظر

الفصل الثانى
الارتباط التاريخى بين الخطأ القضائى وإعادة النظر

الفصل الثالث
حجية الشىء المقضى فيه وتصحيح الخطأ القضائى

الفصل الرابع
أساس إعادة النظر

الفصل الخامس
الصور التشريعية للخطأ القضائى

(١) تحديد مبدئى لفكرة الخطأ فى الحكم .
(٢) تساير الخطأ مع الدعوى الجنائية .
(٣) خطورة الخطأ فى الحكم
(٤) مظان الخطأ فى الحكم
(٥) فى أسباب الخطأ فى الحكم .
(٦) أصول فى اصلاح الخطأ .
(٧) خطة البحث .

(١) الخطأ خلة بشرية لم ينج منها حتى الأنبياء ، ولا عصمة لغير الله ، ومن ثم فإن مواجهة التنظيم القضائى لابد وأن تنطلق من الاعتراف الكامل بقابلية القائمين على تشغيله للوقوع فى الخطأ . تلك قضية لايضير ، مادمنا لم نصادف فيها من عارض أن نأخذ بها كثابتة لم تلق لدى أحد شكا ولا تشكيكا .

ولما كانت الفلسفة الكلية التى يستقيم عليها قانون الإجراءات الجنائية هى كما ترى المدرسة الوضعية بحق ، حماية أشراف الناس ممن شاءت أقدارهم أن يساقوا الى القضاء الجنائى ولم يثبت عليهم بعد ذنب جنائى[1] ، كان للاجراءات الجنائية ــ على ضوء هذه الفلسفة الكلية ــ هدف وحيد لا تتعقب سواه وهو حصر الأخطاء القضائية ــ أى الخطأ فى الكلمة النهائية

(١) انظر ENRICO FERRI : Soclologie criminelle, deuxilème édition traduite de l'italien par LEON TERRIEN, paris, 1914, p. 491

للقضاء — فى نطاق « الحادثة » تتوقاه من البدء وتعمل على علاجه من بعد ، تتجه فى المراحل السابقة على صدور الحكم على إقامة شبكة وقائية من الاجراءات تهدف إلى منع وقوعه ثم تنشط من بعد صدور الحكم وقبل حيازته للحجية لتصحيح ما عساه قد وقع بالرغم من أخطاء : بتطهيره من الخطأ المفترض فيه ورفع الخطأ المحتمل منه — إذا ما توافرت القرائن على هذا الخطأ — ثم بتصحيح الخطأ المحدد الواقع بالفعل فيه .

فالحقيقة التى يعلنها الحكم فى الإدعاء الجنائى المعروض على القضاء ، كما يمكن أن تعبر عن « المعرفة » المضبوطة للوقائع ، وعن « الكلمة » الصحيحة للقانون فيها قد لا تعبر إلا عن معرفة ناقصة أو متضخمة أو مغلوطة أو عن كلمة غير تلك التى كان ينبغى إعلانها ، ولذلك فان قضاء الحكم يتريث فلا يعلن الحقيقة النهائية التى حصلها إلا بعد تطهير ما يمكن أن يصيب هذه المعرفة أو تلك الكلمة من خطأ مفترض ورفع احتمالاته منهما وتصحيح الأخطاء المحددة التى وقعت بالفعل فى الحكم . فاذا عبر الحكم هذه المراحل ، أو افترضت سلامته القانونية من تلك الأخطاء أعلن قضاء الحكم الحقيقة فى الإدعاء وحازت تلك الحقيقة حجية الشىء المقضى فيه ، فإذا ثبت من بعد أن تلك الحقيقة لم تدرك بالرغم « المعرفة » المضبوطة لوقائع الإدعاء — أيا ما كانت الأسباب — كان الحكم مصابا « بالخطأ القضائى » .

ولا شك فى أن التنظيم الاجرائى الناجح هو التنظيم القادر على حصر فرص هذا الخطأ فى نطاق « الحادثة » بكل ما تعنيه من مفاجأة وندرة ، أما التنظيم الاجرائى الذى يكون الخطأ القضائى فى ظله « ظاهرة » ، فهو تنظيم فاشل ينبغى أن يتوجه الاصلاح اليه برمته فى جملته وتفصيله .

(٢) والواقع أن الخطأ بالمعنى الواسع — أى التخالف مع ما يجب — يتسياير مع الدعوى الجنائية فى مختلف المراحل التى تعبرها ، سواء فى مرحلة

الإستدلالات التى يقوم بها مأمورو الضبط ، أو فى مرحلة التحقيق الابتدائى التى تقوم به سلطة التحقيق ــ النيابة العامة ، قاضى التحقيق ومن فى حكمه ، مستشار الإحالة ــ أو فى الدرجة الأولى لقضاء الحكم ذاته ، كلما أظهرت الإستدلالات أو كشفت التحقيقات عن عدم صحة الواقعة أو عدم الجريمة فيها أو عدم معرفة الفاعل ــ فى المراحل السابقة على قضاء الحكم ــ أو عدم كفاية الأدلة لنسبة الواقعة إلى المتهم ، أو لسبب قانونى كتوافر سبب من أسباب الإباحة أو الإعفاء من العقاب أو انقضاء الدعوى مثلا . هذا التساير واقع وصحيح لكن الواقع أن تنبه السلطة القائمة على أمر الدعوى ــ من تلقاء نفسها ، أو بدفاع الخصوم-يكفى فى ذاته لتدارك هذا الخطأ عن طريق استخدام المنظمات القانونية المتاحة وهى بالتوالى أمر الحفظ والقرار بألا وجه لإقامة الدعوى والحكم بالبراءة ، فإذا لم تنتبه السلطة القائمة على أمر الدعوى لهذا الخطأ أو لم تدركه ، إنصب فى الحكم الصادر من قضاء الحكم وهو معنى مخصص للخطأ يتحدد ابتداء منه الخط العام لبحثنا .

(٣) ويتخذ هذا الخطأ بوجه عام أما شكل الإدانة الخاطئة وهذه تقع بصورة مباشرة ضد مصلحة المتهم وضد مصلحة المجتمع بصورة غير مباشرة ، وأما شكل البراءة الخاطئة ويقع الخطأ فيها مباشرة ضد مصلحة المجتمع ، وبينما يعطى الشكل الأول الحق للمتهم وحده فى الطعن بالمعارضة فى الحكم الذى تضمنه ويعطيه فضلا عن ذلك كما يعطى النيابة العامة الحق فى الطعن بالإستئناف والنقض وإعادة النظر على حسب طبيعة الخطأ الواقع فى الحكم ، يعطى الشكل الثانى النيابة العامة وحدها الحق فى الطعن بالإستئناف والنقض فقط فى الحكم الذى تضمن هذا الشكل من الخطأ .

ويعنى هذا الخطأ ، أيا كان شكله ، اختلاف الحقيقة التى أعلنها الحكم سواء فى جانبها القانونى أو جانبها الواقعى عن الحقيقة التى كان على الحكم أن يعلنها : فإذا كانت الإدانة خاطئة فذلك لأن الجريمة التى أعلنها الحكم إما لم

تقع أو وقعت ولكن من غير المحكوم عليه أو وقعت منه لكنها تشكل فى حقيقتها جريمة أخرى غير تلك التى أعلنها الحكم فكانت كلمة القانون ــ كانسياق ضرورى-خاطئة هى الأخرى وأعلن الحكم الادانة بدلا من البراءة أو الجريمة الأشد بدلا من أخرى أخف منها فى سلم العقوبات . أما إذا كانت البراءة خاطئة فذلك لأن الجريمة وقعت ومن المتهم على عكس ما أعلنه الحكم من عدم وقوعها أو عدم نسبتها للمتهم أو لأنها وقعت منه لكنها تشكل فى حقيقتها جريمة أخرى غير تلك التى أعلنها الحكم فكانت كلمة القانون ــ كانسياق ضرورى ــ خاطئة هى الأخرى وأعلن الحكم البراءة بدلا من الإدانة أو الجريمة الأخف بدلا من أخرى أشد منها فى سلم العقوبات .

وإذا كان لاشك فى أن البراءة الخاطئة على الرغم من تسامح العدد الأعظم من التشريعات فيها إذا صارت نهائية ، تؤدى إلى إفلات مجرم من العقاب أو إلى اغتصابه لعقوبة مقررة لجريمة أخف ، وتخلق بالتالى فى نفوس الكافة حلة من « خيبة الأمل » فى كفاءة التنظيم القضائى بالمعنى الواسع ، فإنه لاشك كذلك ، فى أن الإدانة الخاطئة وتنزل بمقتضاها على البرىء عقوبة ربطها القانون للمجرمين وتوجه بها مباشرة إلى حياتهم أو حريتهم أو شرفهم تنشىء لدى الكافة حالة من « القلق العام » تتجاوز ولاشك مجرد خيبة الأمل هذا الأثر الذى يحدثه الحكم الخاطىء فى نفوس الكافة ، لا يتجافى فحسب مع دواعى العدل الإنسانى ومتطلباته بل أنه يكاد يقضى على دور القانون الجنائى فى الردع والذى لايمكن أن يتحقق إلا إذا نزلت العقوبة صوابا على من تعدى ، والقلق العام وخيبة الأمل الناجمان عن الحكم الخاطىء لايولدان ردعا للنفوس وإن ولدا رعبا أو ازدراء .

ثم أن الخطأ الواقع فى الحكم بالصورة السابق عرضها ، يقرر فى حالة الادانة الخاطئة « جريمة بلا نص » ، لأنه يعلن الجريمة فى واقعة لا تتطابق مع أى قالب إجرامى نافذ ، أو إلى « عقوبة بلا نص » إذا طبق عقوبة أشد من العقوبة التى قررها القانون للجريمة التى احتجزها ــ أو كان يجب أن يحتجزها ــ الحكم على

المتهم . كما يقرر فى حالة البراءة الخاطئة ، عدم الجريمة فى سلوك متطابق مع نموذج اجرامى نافذ فيوجد بذلك حالة يمكن تسميتها « جريمة بلا عقوبة » .
وهذه نتائج تتناقض ولا شك مع المبدأ الصارم الذى يسيطر على القانون الجنائى والمعروف « بالشرعية » والذى يعنى شقة الأيجابى تجريم سائر أنواع السلوك المتطابقة مع القوالب الاجرامية النافذة وبالعقوبة المقررة فيها ، والذى يعنى شقة السلبى إباحة سائر أنواع السلوك الأخرى غير المتطابقة مع أى من هذه القوالب .
هذا المبدأ يفقد بكل تأكيد كل معنى له مالم يقترن دائما بشق مكمل له وهو ألا جريمة ولاعقوبة إلا بحكم صحيح .

(٤) والحكم القضائى محصلة عمليات ثلاث يقوم بها قاضى الموضوع يثبت فى الأولى وجود وقائع الادعاء الجنائى المحمول اليه ونسبتها أو عدم نسبتها الى المتهم ، ثم يعطى فى الثانية لهذه الوقائع تكييفها القانونى وفقا للمفهوم المجرد للقالب الذى يراه متطابقا معها من بين مختلف القوالب الاجرامية النافذة ، ليطبق فى العملية الأخيرة النتائج القانونية المستخلصة من القالب المختار على الوقائع .
ونشاط القاضى فى هذه العمليات الثلاث هو إما نشاط قانونى وإما نشاط واقعى ، وتتسع مظان الخطأ فى الحكم لتستغرق هذا النشاط بنوعية :

فيقع الخطأ فى النشاط القانونى للقاضى إذا كان قد وقع فى علاقة الحكم بقواعد القانون المطبقة فيه أو التى تأسس عليها أو فى ظلها أى فى علاقة الحكم بقواعد قانون العقوبات وقانون الاجراءات سواء ، ويقف القصور العلمى والثقافى للقاضى سببا ظاهرا لهذا الخطأ .

وغنى عن البيان أن صور هذا الخطأ من التعدد بحيث يستحيل حصرها ، لأن تحققه جائز فى علاقة الحكم بأية قاعدة من قواعد القانون الجنائى ، لكنه من الممكن على أى حال رد تلك الصور إلى أصول تضمها :

١ - اقرار « الوجود » المادى أو القانونى للقاعدة أو انكاره :

يكون الحكم خاطئا فى علاقته بقواعد القانون ، إذا جهل قاضى الموضوع « الوجود المادى » لقاعدة نافذة واجبة التطبيق أو تجاهله عمدا ، والصورة الأخيرة يمكن أن تحدث فى الأحوال السياسية القلقة عندما يتنازع القاضى مع مضمونها . ويكون الحكم خاطئا كذلك فى علاقته بقواعد القانون إذا جهل القاضى أو تجاهل « الوجود القانونى » للقاعدة الواجبة التطبيق أو أقره خطأ ، ويقع القاضى فى هذا الخطأ نتيجة تصوره الخاطىء لعلاقة القاعدة بقواعد السريان الزمانى أو المكانى أو الشخصى : كأن يتصور خطأ أن القاعدة لم تصدر أو لم تنشر أو أن نفاذها لم يبدأ أو أنه قد بدأ أو أنها الغيت أو أنها لم تلغ على خلاف الواقع ، أو أن يتصور أن القاعدة لا تنطبق على الوقائع التى وقعت بالخارج أو فى مكان معين على خلاف الواقع أو العكس ، أو أنها لا تنطبق على أشخاص معينين أو العكس . فى سائر تلك الصور يتحقق الخطأ فى علاقة الحكم بقواعد القانون نتيجة الاقرار الخاطىء أو الانكار الخاطىء « للوجود » المادى أو القانونى للقاعدة .

٢ - الاقرار القانونى للقاعدة أو انكاره :

فلأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون ، كان القانون هو المصدر الرسمى الوحيد للقاعدة الجنائية ، لكنه لا يلزم أن يكون هذا القانون قد صدر مباشرة عن السلطة التشريعية . فقد يصدر عن السلطة التنفيذية فى شكل لوائح أو أوامر ، بناء على تفويض من الأولى ، فى حدود معينة وأحوال محددة وأشخاص بالذات . ويكون الحكم القضائى خاطئا فى علاقته بقواعد القانون إذا طبقت فيه إحدى القواعد القانونية التى تتضمنها تلك اللوائح أو الأوامر — بصرف النظر عن وجودها المادى والقانونى — إذا كانت قد صدرت دون تفويض أو من غير الأشخاص وفى غير الحدود والأحوال التى نص عليها التفويض ، والعلة فى ذلك أن تلك القواعد لا يقرها القانون . كما لا بد من إقرار الدستور للقواعد القانونية ويكون الحكم خاطئا

إذا طبق قاعدة لا يقرها الدستور بصرف النظر عن وجودها المادى والقانونى . وجدير بالذكر أن الفصل فى دستورية القوانين صار فى مصر من اختصاص المحكمة الدستورية العليا والتى أنشئت بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ .

٣ - اقرار العلاقة بين الواقعة والقانون أو انكارها :

ويقع الخطأ هنا فى عملية اسقاط القاعدة القانونية على الواقعة أو ما يسمى بالتكييف . وهو اختيار القالب الاجرامى الذى يتطابق مفهومه المجرد مع الخصائص القانونية المنبعثة عن الواقعة كما استخلصها القضاء ، ويحدث الخطأ فى هذا الاختيار نتيجة الامساك الخاطىء للعلاقة المشتركة بين الواقعة والقانون وفى الإقرار أو الانكار الخاطىء للعلاقة بين الواقعة والقانون .

٤ - الانكار المعنوى للقاعدة :

فالقاعدة القانونية ـــ الموضوعية أو الاجرائية ـــ أما أن تضع « حلا » solution لمسألة قانونية وأما أن تضع « حدا » على القاضى فى فحصه للدعوى والقضاء فيها ، ويكون الحكم خاطئا فى علاقته بالقانون فى كل إنكار معنوى للقاعدة ، أى اذا لم يخضع للحد فتصرف خارج الحدود المرسومة له فى فحص الدعوى والقضاء فيها ، أو إذا لم يذعن لمعنى القاعدة أو مضمونها ففسر القانون أو طبقة بطريقة خاطئة .

وجدير بالذكر أنه بينما ينصرف الاقرار المادى للقاعدة إلى « وجودها » ذاته ينصرف الإقرار المعنوى إلى « معناها » . والواقع أن الإقرار المادى للقاعدة لاقيمة له دون إقرار معناها ، لأن الإقرار الخاطىء لمضمون القاعدة القانونية أو لمعنى الفكرة القانونية فيها ليس إلا إنكارا لمعناها ، وانكار معنى القاعدة هو إنكار لوجودها ذاته وما الخلاف بينهما إلا فى الدرجة لا فى الطبيعة بل أنه غالبا ما يكون التزييف التفسيرى وسيلة الانكار المادى للقاعدة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يقع الخطأ فى النشاط الواقعى للقاضى ، كلما وقع فى علاقة الحكم بقواعد العقل والمنطق والعدالة أى كلما وقع فى دائرة اقتناع القاضى ، وتشمل تلك الدائرة إثبات الوقائع المشكلة للركنين المادى والمعنوى للجريمة ونسبة هذه الوقائع إلى المتهم كما تضم تقدير القاضى للعقوبة . ونشاط القاضى فى دائرة إقتناعه نشاط مركب ، يقوم على مجموعة من الأحكام الفرعية تجمعها وحدة الإدعاء الجنائى وينتهى القاضى من هذا النشاط المركب بمضمون لقراره ، ويعتمد القاضى فى هذا النشاط على استخدام قواعد الاستخلاص المنطقى والاستنتاج العقلى والحس السليم . صحيح أن قاضى الموضوع قد يلتزم فى صدد إثباته لوقائع الأدعاء بالمنهج الذى قد يرسمه القانون ، لكن وجود هذا المنهج يظل فى الواقع الجنائى بفضل مبدأ حرية القاضى فى الاقتناع إستثناء محضا . وعلى أى حال فان الخطأ فى النشاط الواقعى يأخذ أحد شكلين :

١ – الخطأ فى المنطق أو ما يسمى بالقضاء السيء أى المتخالف مع قواعد المنطق أو العدالة .

٢ ــ الخطأ فى الواقع أى الخطأ فى مضمون القرار الذى انتهى اليه القاضى ، كلما تخالف مع الحقيقة المادية .

ويقف قصور التحقيق أو قصور القاضى فى إدراك دلالة التحقيقات سببا ظاهرا لهذا الخطأ .

تلك مظان الخطأ فى نشاط القاضى . يبقى لتكمل ، أن نشير إلى نوع خاص من الخطأ ، يخرج من مجال بحثنا وهو اختلاف منطوق الحكم عن عقيدة القاضى ، وهو من قبيل أخطاء السهو أو القلم وتجرى عليه قواعد تصحيح الخطأ المادى . (راجع م ٢٣٧ من ق . أ . ح . م معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) .

(٥) وقد ألمحنا أن الخطأ فى النشاط القانونى للقاضى ، يرتد إلى قصوره العلمى فى الإحاطة بقواعد القانون أو فى إدراك مضمونها . وإذا كان صحيحا أن علم القاضى مفترض بالقانون فانه من الصحيح كذلك أن إحاطته — عملا — بهذا السيل من التشريعات يغدو أمرا صعبا ، ثم أن قصوره فى إدراك مضمون هذه التشريعات له أحيانا ما يبرره . فالتشريع الجنائى تشريع بشرى والخطأ فيه ، فى مضمونه أو شكل التعبير عنه ، يبدو منطقيا من رجاله ، وإذا كان لا شأن للقاضى بالخطأ فى مضمون التشريع إذ عليه أن يطبقه لا أن يقيمه فان شكل التعبير عن هذا التشريع هو أداته الوحيدة لفهم مضمونه ، هذا الشكل كما قد يثير مشاكل بما قد يقع فيه من التباس لغوى حين يتعذر على القاضى تحديد المعنى الدقيق للألفاظ أو حين يتعذر عليه — مع سهولة ألفاظه — تحديد هيكل النص أو مضمونه الكلى ، قد يثير التباسه التشريعى الكثير من الصعوبات التى تتعلق بالتفسير كمشكلة عامة .

كما ألمحنا بأن الخطأ فى النشاط الواقعى للقاضى يرتد إلى قصور فى التحقيقات أو قصور فى إدراك دلالتها . هذا كله صحيح ، لكنه يظل تبسيطا ساذجا لأسباب الخطأ ، لأنه يستحيل إلا فى حالة العمد ، أن نرد الخطأ إلى سبب محدد بالذات ، لأن أسباب الخطأ تعتبر من الأسباب التى يمكن وصفها بالأسباب غير الرسمية Informelle والتى ترتكز كلها فى « التكوين الشخصى للقاضى » على المستوى العلمى ، والنفسى ومستوى المعلومات العامة والفنية وخبرة الحياة ، وتلك كلها مؤثرات تلعب دورها تحت السطح الظاهر ولا يمكن ضبطها إلا بالتحليل النفسى .

هناك مؤثرات قد تتوافر لدى القاضى ، وتجعل لديه إستعدادا للخطأ ، وهناك مؤثرات أخرى قد تتوافر خارج القاضى تمهد له طريق الانزلاق فيه ، لكن القاضى يملك بين هذه المؤثرات وتلك مؤثرات أخرى مضادة تعمل على نفى هذه الاستعدادات أو على وقاية القاضى من الانزلاق فى الخطأ ، فالحكم الجنائى ليس سوى مجموعة من الأحكام الفرعية المتعلقة بقضايا صغيرة — تتعلق أما بتطبيق أو

تفسير قاعدة قانونية وأما بتقدير دليل ما قيمته ومدى حجيته فى إثبات الواقع ــ تجمعها وحدة الادعاء الجنائى المحمول أمام قضاء الحكم . هذه الأحكام الفرعية ليست سوى مجموعة من التقديرات التى تستقيم على التطابق أو عدم التطابق مع مجموعة القيم العلمية أو النفسية والخبرات الموجودة بذهن القاضى سلفا والتى تدفعه إلى قبول أمر ما أو رفضه ، هذه القيم فى مجموعها ليست سوى تكوين القاضى الشخصى أو « محمولة » .

فالقصور أو التشوه العلمى والثقافى لدى القاضى ، وكذلك النقص لاسيما الحاد فى ملكة التصور أو التخيل أو التذكر أو الانتباه والتمييز ، أو الفهم والادراك أو التجريد أو التعميم أو التعليل أو الاستنتاج . والنقص أو التشوه فى التكوين الجسمى الموروث أو الحادث أو فى التكوين الحسى كالارهاق الدائم أو المرض الطويل أو فى التكوين النفسى كالعقد والشعور الدائم بالحزن أو بالقلق والميول والاتجاهات والنزعات والنزوات الشخصية والتعصبات والتحيزات والذكريات المؤلمة المذكورة أو المنسية وما يمكن أن يصيب قيمه من انحرافات ناتجة عن تأثير البيئة التى عاش فيها أو الفكر السياسى الذى يعتنقه كالتطرف الماركسى أو الدينى ، وأخيرا ما يمكن أن يصيب عاطفته نحو العدالة وحب الحق من تأثير سيء من أثر الترسبات التى تتركها مواقف الظلم والبطش فى حياته أو فى مواقف تعلق عليها اهتمامه .

تلك مؤثرات لا يؤدى وجودها لدى القاضى إلى وقوعه بالحتم فى الخطأ فليس ما يمنع عند توافر أحداها أن يدفعه إحساسه بها الى تفاديها والعمل على تلافى آثارها على الحكم ، ثم أنها أن أدت اليه لا ترتبط به الارتباط المباشر الذى يوجد بين السبب والنتيجة فوجودها لا يؤدى إلى الخطأ وأن أنشأ استعدادا له . ومع ذلك وعلى فرض وجودها ، فان هناك العديد من المؤثرات الأخرى المضادة والتى تعمل على نفى تلك الاستعدادات أو شل آثارها سواء تمثلت فى الحاجة الى التقدير العلمى والوظيفى والاجتماعى أو فى مانع الضمير وخشية الله أو تمثلت فيما يحتويه القانون من مؤثرات .

فهناك أولا قواعد « إنتقاء القاضى » ، حيث يتطلب القانون فى القضاة مستوى علميا رفيعا ودرجة مرتفعة من الخبرة ، ثم يأخذ معهم بقواعد التدرج الوظيفى فيضمن لهم مستوى يرتفع من الخبرة كلما ارتفعت الدرجة التى يشغلها القاضى فى سلم التدرج .

ثم هناك ثانيا « مبدأ الاستقلال » ، فالقضاة مستقلون فى أداء وظائفهم القضائية لا سلطان عليهم لغير ضميرهم والقانون . هذا الاستقلال يجد وجهة الأول فى مواجهة السلطات القضائية الأخرى ، فقضاء الحكم مستقل عن قضاء التحقيق بحيث لا يجوز للأخير أن يأمر الأول أو أن يشترط عليه القضاء فى معنى محدد ، وغاية ما يملكه هو أن يطعن فى الحكم الصادر منه أمام القضاء الأعلى إذا لم يقض له بطلباته . ومن ناحية أخرى فان قضاء الحكم لا يستطيع أن ينشىء لنفسه اختصاصا بالقضاء — عدا جرائم الجلسات — فى وقائع لم يطلب منه القضاء فيها ، كما لا يستطيع أن يأمر جهة التحقيق بتحريك الدعوى فى مواجهة أشخاص بالذات أو وقائع بالذات . وفضلا عن ذلك فان قضاء الحكم مستقل بعضه عن بعض ، فالتبعية التدرجية فى مباشرة الوظيفة القضائية بين القضاء الأعلى والأدنى منتفية تماما ، فالقضاء الأعلى لا يملك أن يعطى أمرا للقضاء الأدنى ، وأحكام القضاء الأعلى — ولو كانت صادرة من محكمة النقض — لا تلزم أى محكمة أخرى .

ويجد هذا الاستقلال وجهه الثانى فى مواجهة السلطة التنفيذية ، فلا يجوز للاخيرة أن تصدر لقضاء الحكم أمرا بالقضاء فى معنى معين انصياعا لمبدأ الفصل بين السلطات بكل ما يحققه من ضمانات ، هذا المبدأ يصبح نظريا محضا مالم يتمتع القضاة بضمانة عدم القابلية للعزل لا سيما إذا لوحظ ان تعيينهم عمل حكومى . هذه الضمانة ينبغى أن يتسع فهم مضمونها ليشمل فوق معناها الدقيق عدم قابلية رجال القضاء للوقف أو للنقل أو الحرمان من العلاوة أو الترقية أو للجزاء بوجه عام الا بعمل قضائى لا يكون للحكومة فيه سوى جهد التصدية

على قرارات رجال القضاء أنفسهم دون أدنى حق فى تعديل هذه القرارات بالإضافة أو النقص ، بالتشديد أو التخفيف ، مهما كان الشكل الحكومى للتصديق .

وقد تعرضت هذه الضمانة فى تاريخ مصر الحديث لاعتداء مؤلم .

ويجد هذا الاستقلال وجهه الثالث فى مواجهة المتقاضين ، بمعنى أن القاضى فى مباشرته لوظيفته القضائية يكون مستقلا فى مواجهة المتقاضين فليس لهم حق الرجوع عليه بالتعويض عن الأخطاء التى تقع منه فى الحكم أيا ما كانت الا فى أحوال الغش أو التدليس أو الغدر أو الخطأ المهنى الجسيم كما تقضى قواعد مخاصمة القضاة .

هذا الاستقلال بأوجهه الثلاثة يوفر للقاضى ولا شك الشعور اللازم بالاستقرار والأمان ويدفع به بالتالى إلى المبادرة وتحرى الحقيقة دون ما خضوع لعقيدة من سبقه ولا خوف على مستقبله ولا تعرض لمسئولية ، فلا يكون أمامه عند نظر الدعوى غير ضميره والله . لكن الواقع أن كمال الضمانات الناجمة عن استقلال القضاة لا تكون الا بتوفير الظروف الاجتماعية الملائمة لهم ، سواء فيما يتعلق برواتبهم أو رعايتهم الطبية والاجتماعية وتحسين ظروف العمل بالتوسع فى انشاء الدوائر وتوزيع الأعمال تخفيفا لأعبائهم الضخمة والثقيلة .

وهناك ثالثا القواعد الخاصة بأبعاد القضاة عن مناطق شبهة الانحراف ، وهى ما تسمى بقواعد الرد ، وعدم الصلاحية[1] . وتهدف هذه القواعد فى كلمة إلى أبعاد القاضى عن القضاء فى الدعوى كلما توافرت لديه شبهة « الميل » أو « التعدى » .

---

(١) قواعد عدم الصلاحية :

=

هذا عن المؤثرات التى قد توجد فى محمول القاضى أو تكوينه الشخصى والتى قد تنشىء لديه استعدادا للخطأ والمؤثرات الأخرى المضادة التى تعمل على نفى تلك الاستعدادات . لكن هناك مؤثرات أخرى للخطأ تمهد للقاضى — فى احدى صورها — طريق الانزلاق فيه كتدخل الشرطة والنيابة العامة فى

(أ) م ٢٤٧ ق . أ . ح « يمتنع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصيا أو إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل مأمورى الضبط القضائى أو بوظيفة النيابة العامة أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة أو باشر عملا من أعمال أهل الخبرة ، ويمتنع عليه كذلك أن يشترك فى الحكم إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الاحالة ، أو أن يشترك فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا منه » .

(ب) م ١٤٦ من قانون المرافعات المدنية : « يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية :

أولا : إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم حتى الدرجة الرابعة .

ثانيا: إذا كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته .

ثالثا: إذا كان وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخصوصية أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

رابعا: اذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو كيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة ولو كان ذلك قبل إشتغاله بالقضاء ، أو كان قد سبق له نظرها قاضيا أو خبيرا أو محكما أو كان قد أدى الشهادة فيها .

(جـ) م ٧٧ من قانون السلطة القضائية : « لا يجوز أن يجلس فى دائرة واحدة قضاة بينهم صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة بدخول الغاية . كما لا يجوز أن يكون ممثل النيابة أو ممثل أحد الخصوم أو المدافع عنه ممن تربطهم الصلة المذكورة بأحد القضاة الذين ينظرون الدعوى ، ولا يعتد بتوكيل المحامى الذى تربطه بالقاضى الصلة المذكورة إذا كانت الوكالة لاحقة لقيام القاضى بنظر الدعوى » .

قواعد الرد :

وتشمل فضلا عن قواعد عدم الصلاحية :

(أ) م ١٤٨ من قانون المرافعات المدنية :

يجوز رد القاضى لأحد الأسباب الآتية :

=

الاستدلالات والتحقيقات وتدوين المحاضر كما أن منوال الاثبات فى القانون الجنائى ــ نظرا لما تتسم به الواقعة الجنائية ــ يجعله دائما تحت رحمة الدليل الوضعى والبشرى ، لاسيما فى الشهادة وتقارير الخبراء[1] . والدى يجب أن يكون بارزا أن التدخل أو منوال الاثبات ليس عيبا فى ذاته ولا سببا للخطأ بالمعنى الدقيق ، فالتدخل ومقتضيات الاثبات الجنائى من الأمور الضرورية والنافعة والتى تكمن وراءها عللها غاية الأمر أنه عند الانحراف تصبح هذه الأمور مزالق لوقوع القاضى فى الخطأ والبشر دائما عرضة لأسباب الميل والفساد والحقد وسوء النية .

وأخيرا يقف النشر خصوصا السيىء والمركز سببا من أسباب تشوش بصيرة القاضى لاسيما بالنسبة للدعاوى التى تأخذ بسبب طبيعتها أو أشخاص المتهمين

أولا : إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التى ينظرها أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو زوجته بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المطروحة عليه .

ثانيا : إذا كان لمطلقته التى له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت بعد قيام الدعوى المطروحة على القاضى بقصد رده .

ثالثا : إذا كان أحد الخصوم خادما له أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية قبل رفع الدعوى أو بعدها .

(ب) م ٤٢٩ / ٢ من أ . ح :

« فيما عدا أحوال الرد المقررة فى القانون يجوز للقاضى إذا قامت عنده أسباب يستشعر منها الحرج من نظر الدعوى أن يعرض أمر تنحيته على المحكمة أو على رئيس المحكمة حسب الأحوال للفصل فيه »

(١) انظر عرضا عمليا وتأصيليا لهذه المؤثرات ودورها فى وقوع القاضى فى الخطأ

RENE FLORIOT : Les erreurs judiclaires, 1968

بالنسبة للشهود p. 133 à 201

بالنسبة للمستندات p. 121 à 131

بالنسبة للتقارير p. 204 à 285

فيها اهتماما من الرأى العام اهتماما متلهفا للميل أو للتعدى ، الأمر الذى دفع بالمشرع إلى وضع القواعد التى تكفل حماية الخصومة الجنائية من النشر .

لكن تلك المؤثرات — وقد أبرزنا أنها لا تؤدى بالحتم ولا بطبيعتها إلى الخطأ لكنها قد تسهل طريق الانزلاق فيه — تجد فى القانون ضمانة هامة تعمل على نفيها أو شل آثارها وهى « مبدأ حرية القاضى الجنائى فى الاقتناع » .

ولا شك فى أن التطبيق الصحيح للقانون الجنائى هو من أخص مهام الدولة ، والدولة وحدها ، والحكم الصحيح قانونا هو الثمرة الوحيدة لهذه المهمة وذلك على عكس التطبيق الصحيح لقواعد القانون المدنى — بسبب المفارقة فى التصور فالتصوير القانونى لأهمية المصلحة المرتبطة بكل من الدعوى الجنائية من جهة والدعوى المدنية من جهة أخرى ، ولعل هذا هو السبب فى اقتصار بحثنا على الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية دون الحكم الصادر فى الدعوى المدنية ولو كان صادرا من القضاء الجنائى لأن الحكم الأخير يرقد على نظام يختلف فى جملته وتفصيله[1] .

---

(١) وجدير بالذكر أن بحثنا ينصرف الى الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية دون أن يشمل الأوامر الجنائية التى تعد تعبيرا عن نظام الاجراءات المختصرة . فالأوامر ليست أحكاما وأقصى ما تكونه أنها كالحكم أو على حد تعبير القانون أمرا نهائيا واجب التنفيذ إذا لم قبله الخصوم ، فالحكم يفترض محاكمة وأعلانا للمتهم ومرافعة ومداولة ونطقا بالحكم وهذا ما لا تعرفه الأوامر الجنائية — راجع المادة ٣٢٣ من ق.أ.ح — فهذه لا تستجمع قوتها إلا إذا أخطر المتهم بها ولم يقرر بعدم قبوله . فاذا قرر عدم قبوله للأمر سقط واعتبر كأن لم يكن فتنظر الدعوى بأوضاعها المعتادة .

والتقرير بعدم القبول لايجوز تشبيهه ، بمعارضة المتهم فى الحكم الغيابى ، رغم ما قد يوجد من أوجه تشابه بين منوال إصدار الحكم الغيابى والأمر الجنائى فالمتهم تتاح له فى الأول فرصة الحضور لكنه لا يحضر ، أما فى الثانية فلا تكون هذه الفرصة أصلا . ثم أن الحكم الغيابى يظل — فى مصر — قائما قبله المتهم أو رفضه فهو لا يسقط برفع المعارضة كما لا يمكن تشبيه الأمر الجنائى بالحكم التهديدى فى الادانة الغيابية فى مواد الجنايات لأن سقوط الأمر يحتاج الى تقرير بعدم قبوله وهو عمل إرادى ، بينما يسقط الحكم التهديدى بمجرد حضور المتهم ولو كان راضيا بالحكم .

ويهدف المجتمع فى الدعوى الجنائية إلى المحافظة على كيانه وبقائه وله لذلك الحق فى عقاب كل فعل من شأنه أن يخل بكيانه وبقائه وعليه من بعد ذلك أن يترك ما دون ذلك مباحا . ومعيار المجتمع فى الفصل بين الإباحة والتجريم هو فى التطبيق الصحيح لقواعد قانون العقوبات أى فى التطبيق الملتزم لحدود حق المجتمع فى العقاب . ويمثل المجتمع فى المطالبة بهذا الحق أو بعبارة أخرى بهذا التطبيق الصحيح النيابة العامة ــ كقاعدة عامة ــ وحدها ، ليس لها فى ذلك من مصلحة بل ليس لوجودها ذاته من علة سوى هذا التطبيق الصحيح ومن ثم فلا يجوز محاسبتها عن الفائدة المباشرة التى تجنيها من رفع الدعوى لأنها على الدوام التطبيق الصحيح لقواعد القانون الجنائى فى الحكم .

والطعون الجنائية كمنظمات موجودة لضمان سلامة الحكم ورفع الأخطاء المفترضة أو المحتملة أو تصحيح الأخطاء المحددة فيه ، ليست سوى امتداداً لمهمة المجتمع الاحتكارية فى التطبيق الصحيح للقانون الجنائى . وما كان التسليم بالحق فى الطعون للمحكوم عليه سوى نوع من الارتشاء التشريعى لتنشيط النيابة العامة فى أداء دورها وتحقيق الرقابة على أعمالها ، ولذلك فلا يجوز أن يضار الطاعن بطعنه الوحيد[1] ، ثم يجوز البحث عن « مصلحته » فى الطعن لإغترابه عن تمثيل المجتمع فى التطبيق الصحيح لقواعد القانون الجنائى . وما المصلحة سوى

---

(١) انظر عرضا شاملا لقاعدة عدم اضارة الطاعن بطعنه الوحيد فى كل من :

FERDINAND EHRHARD :

L'interdiction de la " Reformatio in pajus " Rev. Se. crim. 1939 p. 49 et s.

PAUL LAGUERRE :

De l'effet devolutif en matière repressive des voies de recours exereés par l'inculpé seul, Thèse Toulouse, 1931, p. 11 et s.

بالنسبة للمعارضة p . 121 à 128

بالنسبة للاستئناف p. 11 et s .

بالنسبة للنقض p. 133 et s .

قيد على استخدام هذه الرشوة . والواقع أن الابحاث الجنائية بحاجه ... وضع الحدود الصحيحة لفكرة المصلحة فى الواقع الجنائى[1] وهو ما يخرج عن نطاق بحثنا .

الطعن الجنائى هو الإمتداد الضرورى واللازم لحق المجتمع فى التطبيق الصحيح للقانون الجنائى ، وإستخدامه واجب كلما توافرت دواعيه والمجتمع الحريص على أداء واجباته لا ينبغى أن يوقف هذا الامتداد قط فهو وسيلته لضمان سلامة الحكم . وعلى هذا الاساس فان حالات منع الطعن تقف تعبيرا عن إهمال المجتمع فى أداء واجباته فى موضوع جسيم نسلم جميعا باحتمال الخطأ فيه ، ونعلم جميعاً أن الخطأ فيه يقع مباشرة على حرية أو شرف أو حياة واحد من أعضاء المجتمع ، ولذلك فهو يحتاج إلى أبحاث تكشف عن العلل الحقيقية التى تقف وراء هذا المنع وهو ما يخرج عن موضوع بحثنا . وحسبنا فيه أن نقرر بأن تسليمنا بقابلية الخطأ لأن يتحقق فى الأحكام الصادرة من القضاء العادى بكل ما فيه من ضمانات يدفعنا إلى التسليم الأبعد والتشديد الأقوى على قابليته للتحقق فى الأحكام الصادرة من القضاء الإستثنائى ، ويجد هذا التقدير سنده لكل من يدقق فى طبيعة الواقعة التى يختص بها هذا القضاء والصبغة السياسية فيها ولكل من يدقق فيما يمكن أن يزاوله التأثير السياسى على الاتهام والدفاع والقضاء سواء لاسيما فى حالات الضغط السلطوى العنيف ولكل من يدقق فى الطابع الاستثنائى فى تشكيل هذه المحاكم حيث يختار القضاة للواقعة بعد أن تحدث ، بينما المبدأ هو أن الواقعة هى التى تختار قاضيها وفق ما تنظمه قواعد الاختصاص .

وسرعة التجريم أن قيلت بصدد هذه الوقائع بالذات فهى حجة تبرر بها السلطة عسفها ، وحرمان المتهم من ضمانة طرق الطعن قبل أن يصبح حكمه نهائيا هو فى واقعة إرتداد جزئى عن مبدأ أن المتهم برىء حتى تثبت إدانته بحكم نهائى .

---

(١) انظر دراسة الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد لفكرة المصلحة وتطبيقاتها فى قضاء النقض فى المشكلات العملية الهامة فى الاجراءات الجنائية ، ١٩٦٣ ، ج ٢ ، ص ١٥ الى ٣٤٦

وبعد ، فلعلة قد بقيت لنا ملحوظتان ــ الأولى : أننا لا نفهم أن طرق الطعن على أهميتها هي الضمانة المانعة لأى خطأ ، لأننا نسلم على العكس بامكانية تخلف الخطأ فى الحكم برغم الطعن ، وتلك حيلة البشر . لكننا حيال هذه الأخطاء لا نرى أمامنا سوى إجراء العفو كوسيلة أخيرة لحصر آثار الخطأ كلما إستحال تداركه قانونا ونتمنى لو يسند إلى هيئة قضائية أو بالأقل أن يكون لهيئة قضائية حق المطالبة به ، ذلك يجعل المجتمع أدعى إلى الإحترام ويضفى على العفو نفسه نبالة لا تخدش . أما الملحوظة الثانية : نؤكد بها أننا بحاجة ماسة الى أبحاث تكشف عن حق ضحية الخطأ القضائى فى التعويض المادى : عن أساس هذا الحق ونطاقه ،فلعنا فى مصر قد تأخرنا كثيرا فى إصدار تشريع لإنصاف من يظلمون .

(٧) لعلنا من بعد تلك المقدمة قد استطعنا أن نضع إطارا لموضوع بحثنا فى الخطأ فى الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية ، محاولة تهدف منها إلى تأصيل سبب الطعن الجنائى هذا الخطأ يأخذ فى الحكم الجنائى أحد شكلين :

الأول : خطأ عـام ، بمعنى غير محدد أو شامل ، يستقيم فى جوهره على نظام القرائن المعروف . فيفترض الخطأ فى الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية إذا جرت المحاكمة مفتقرة إلى ضمانة أساسية من ضمانات سلامة الحكم وهى حضور المتهم وبالتالى فان غيابه يقيم القرينة على خطأ الحكم وهذا هو سبب المعارضة ومحور أحكامها . كما يعتبر الخطأ المحتمل فى الحكم أساس الاستئناف الذى يهدف إلى التحقق من سلامة الحكم أو تحقيقها قبل حيازة الحكم للحجية ويعتبر تمسك الخصم بالإستئناف أى رفعه قرينة على إحتمال الخطأ فيه فى النطاق التشريعى المسلم فيه سلفا بهذا الاحتمال .

والخطأ العام لا يقوم على أساس الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم وإنما يقوم على أساس إفتراض هذا الخطأ أو احتماله وينصرف هذا الافتراض أو

الاحتمال إلى سائر جوانب الحكم . هذه الطبيعة التى تميز الخطأ العام تفرض نفسها على منوال التصحيح الذى ينبغى إتباعه تجاه هذا الخطأ وتكون « إعادة نظر الدعوى » هى الوسيلة الوحيدة للامساك بهذا الخطأ سواء مع بقاء الحكم أو مع سقوطه . ولأن بحثنا فى « الخطأ » فان منوال تصحيحه يخرج عن نطاق بحثنا.

الثانى : خطأ محدد ، بمعنى خطأ وقع بالفعل فى الحكم ويمكن تحديده بذاته وهو ما لايكون إلا بعد عبور الحكم مرحلة تصحيح الخطأ العام أو إفتراض سلامته القانونية وإنتهاء مرحلة القرائن بالتالى . ومن ثم فانه يلزم من بعد الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم . هذا الخطأ قد يكون فى « القانون » ويأخذ شكل مخالفة القانون وهو سبب الطعن بالنقض كما قد يكون فى « الواقع » وهو سبب الطعن بإعادة النظر . هذه الطبيعة التى يتميز بها الخطأ المحدد تفرض نفسها هى الأخرى على منوال التصحيح الذى ينبغى إتباعه تجاه هذا الخطأ فتقيمه على مرحلتين : الأولى « طلب نقض الحكم » أو « طلب إعادة نظر الدعوى » وهى مرحلة يجرى فيها التحقق من وقوع الخطأ بالفعل فى الحكم وفقا للشكل الذى تطلبه القانون وهذه تنتهى أما بنقض الحكم أو بابرامه . والثانية : هى « إعادة نظر الدعوى » اذا ما نقض الحكم فى المرحلة الأولى . ولأن بحثنا فى « الخطأ » فإن منوال تصحيحه يخرج عن نطاق بحثنا .

وعلى هدى من تلك الفكرة ينقسم بحثنا إلى قسمين :

القسم الأول : طبيعة الخطأ فى تقدير قاعدة الطعن بالمعارضة والاستئناف

الباب الأول : الخطأ المفترض
الباب الثانى: الخطأ المحتمل

القسم الثانى : نوعية الخطأ فى الطعن بالنقض وإعادة النظر .

الباب الأول : الخطأ فى القانون

الباب الثانى : الخطأ فى الواقع

وبعد ، فقد استهدفت من هذا البحث وضع التأصيل النظرى للطعن الجنائى وإبراز النظرية فيه ، لكن ما حققته كان أقل مما استهدفته ، فلم أقف فى هذا البحث إلا على المقدمة الأولى لهذه النظرية وهى « خطأ الحكم » أصل الطعن وسببه الدقيق . وقد كانت حيرتى فى إختيار خطتى لهذا البحث بالغة . فكرت أن أتخذ من نوع الخطأ الذى يصيب الحكم خطة لرسالتى فاقسمها الى ثلاثة أبواب : الخطأ فى القانون ، والخطأ فى الواقع ، والخطأ فى المنطق على التوالى ، لكننى سرعان ما عدلت عن هذه الخطة . لأنها وإن نجحت فى ضم وتأصيل الطعن بالنقض وباعادة النظر وبالاستئناف ، فانها تعجز عن ضم وتأصيل الطعن بالمعارضة من جهة ، ولأنه فى عدم ربط الخطأ بطريق الطعن المرصود له مباشرة من أخرى ما يمنع من الاستفادة بالانعكاس الحتمى لطبيعة الخطأ على طريق الطعن فيه . ومن هنا فرضت على طبيعة البحث خطته ، فجعلت من القسم الثانى أساسا لبحثى ورصدته للخطأ فى القانون والخطأ فى الواقع مربوطا بالطعن بالنقض وباعادة النظر على التوالى وأسميته « نوعية الخطأ فى الطعن النهائى » مدفوعا فى ذلك بسبب أساسى هو اتسام الطعن النهائى بشرط التحديد ، على نحو ما أبرزته ، أما القسم الأول فقد انشغلت فيه بتأصيل الطعن بالمعارضة والاستئناف ، والتأصيل فيهما لا يقوم على نوع الخطأ ــ لأنه من قبيل الخطأ غير المحدد ــ لكنه يقوم على طبيعته فرصدته للخطأ المفترض والخطأ المحتمل مربوطا بالطعن بالمعارضة والاستئناف على التوالى وأسميته « طبيعة الخطأ فى تقدير قاعدة الطعن » . ومن هنا يأخذ عنوان البحث منطقه ، فهو تحديد لخطأ الحكم ، كأصل للطعن الجنائى . ثم تأصيل لطرق الطعن الموصودة لتصحيح هذا الخطأ على أساس طبيعة هذا الخطأ بالنسبة للمعارضة والاستئناف وعلى أساس نوعه بالنسبة للنقض وإعادة النظر ، تلك هى الفكرة النظرية thése التى أمسكت بها

وحاولت أن أتتبع انعكاساتها على موضوع بحثى ، فان لم أكن بذلك قد وقفت على نظرية الطعن الجنائى بالمعنى الدقيق ، فقد التقيت على الأقل بمقدمتها الأولى . ولهذا قلت أن ما حققه هذا البحث كان أقل مما استهدف منه .

القسم الأول

طبيعة الخطأ فى تقدير قاعدة الطعن

بالمعارضة والاستئناف

(٨) يستقيم هذا القسم على مواجهة الخطأ العام أو غير المحدد فى الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية ، نتيجة غياب المتهم أو لاحتمال الخطأ فى الحكم ، وينقسم الى بابين :

الباب الأول : الخطأ المفترض
الباب الثانى : الخطأ المحتمل .

الباب الأول

الخطأ المفترض

الفصــل الأول

فكــرة المعــارضــة

(٩) وضـــع المشكلة
(١٠) مصدر التزام المتهم بالحضور
(١١) أسباب الغياب وانواعه
(١٢) طبيعة الغياب

(٩) تتوجـه النيابة العامة ــ فى المواجهة التى تجرى أمام القاضى ــ حاشدة ما أستطاعت من أدلة لتنفى قرينة البراءة التى يعتصم بها المتهم[١] الذى يتوجه بدوره لتبديد كل ما يمكن أن يؤثر على تلك القرينة فى عقيدة القاضى ، الذى يستقبل الإدعاء الجنائى[٢] خاليا من أى رأى فيه ، ليبدأ متدرجا مع السجال الذى يدور فى التفتيش عن الحقيقة ساعياً من ذلك الى تكوين عقيدته التى هى أساس الحكم الجنائى .

---

(١) والأصل فى الإنسان البراءة كما تقضى قواعد الشريعة الاسلامية ، وعلى المستوى الوضعى تنص المادة ١١/١ من الإعلان العالمى لحقوق الانسان وكذلك المادة ١/٦٧ من دستور جمهورية مصر العربية سنة ١٩٧١ على أن الانسان برىء حتى تثبت إدانته بحكم نهائى ، ولذلك تتحمل النيابة العامة عبء الاثبات فى الدعوى الجنائية والبينة على من أدعى . أنظر فى قرينة البراءة ودورها فى القاء عبء الاثبات على عاتق النيابة العامة وانعكاسها على دور القاضى :

JEAN PATARIN, Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, dans quelques aspects de l'autonomie de droit pénal sous la direction de G. STEFANI, Paris, 1956, p. 18 et s .

(٢) باعتبار أن الإدعاء الجنائى ــ كاستخدام للدعوى الجنائية ــ وسيلة قانونية لنقل الحق المداعى فيه (الذى كان محلا للمحاجة التى نشأت بين النيابة العامة والمتهم خارج مجلس القضاء) من خارج مجلس=

ذلك هو الوضع الطبيعى لمنوال الحكم جدل تقف فيه النيابة العامة مدعية ، مرتكزة على ما سبق وجمعته من حجج فى مرحلة المداعاة[1] ، يقابله إنتصاب المتهم فى إبعاد أدلة النيابة وتقويضها ، والقاضى بينهما يبنى عقيدته بحرية كاملة على الأدلة التى طرحت أمامه بالجلسه من خلال قيادته للتحقيق النهائى الذى يجريه فى حضور الخصوم .

ولما كانت النيابة العامة لاتغيب عن مصاحبة القضاء الجنائى قط إذ هى جزء لا يتجزأ منه ، وتغيبها عنه يبطل تشكيله ويمنعه من إصدار الحكم[2] ، فإن الادعاء دائما محمول أمام القاضى ، بكل ما يحمله الادعاء نفسيا من مبالغة

=

القضاء الى حوزة القاضى المختص .. ومطالبته بمباشرة سلطته فى الفصل فى قيامه أو عدم قيامه وترتيب الاثار القانونية .

(الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى « حق الدولة فى العقاب » ، ص ١٩٧١ ، ص ١٥٩).

(١) أنظر فى التعريف ومضمونه : عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ وما بعدها

(٢) أنظر المادة ٢٦٩ ق . أ. ح المصرى ، وعلى سبيل المثال ض استاذنا الدكتور حسن المرصفاوى ــ « أصول الاجراءات الجنائية » ١٩٧٢ ، ص ٦٦٦ ــ الاستاذ الدكتور محمود مصطفى ــ « شرح قانون الإجراءات الجنائية » ، ١٩٧٠ ، ص ٣٩١ ــ الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد ــ « مبادىء الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى » ، ١٩٧٠ ، ص ٤٧٨

وفى الفقه الفرنسى على سبيل المثال :

RENE GARRAUD et PIERRE GARRAUD :

Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et la procédure pénale. Tome cinqulème, p 28.

LE CAEVALIER BRAAS :

Précis de procédure pènale. Tome 11 , troisiéme édition, Bruxelles, 1950, p. 746 note 1

= **ANDRE VITU et ROGER MERLE :**

واحتياط أما المتهم حامل الحقيقة[1] ، فانه على العكس قد يتغيب عن الحضور . إما جهلا وأما قهراً وإما عمداً ، كما قد يحضر الجلسة بالفعل — حراً أو معتقلًا — ويعلن رفضه الاشتراك فى المرافعات ، فيصبح حضوره كغيابه تماما فيضع القضاء بذلك فى وضع حرج إذ يواجه القاضى إتهامه فقط مطلوب منه فيه يستظهر الحقيقة فى غياب حافظها[2]

والغياب كسبب للخطأ القضائى — بالمعنى الواسع — هو الذى يكون إبتداء من اللحظة التى يحمل فيها « الادعاء الجنائى » إلى القاضى[3] ، فمن عندها يبدأ الشخص الاجرائى المختص فى « تحريك » الدعوى الجنائية وينتقل الحق المداعى فيه — وهو حق الدولة فى العقاب — من خارج مجلس القضاء ليستقر فيه وتقوم الخصومة الجنائية وتبدأ الحاجة فى تعامل طرفيها — النيابة العامة والمتهم — مع هذا الادعاء أمام القاضى .

= Traité de droit criminel , problèmes généraux de la législation

criminielle, Droit pénal, Procedure pénale, Edition Gujas, 1967 p . 1181

PIERRE BOUZAT :

Traité de droit pénal et de criminologie, Tome 11. Procedure pénale,

Régime des mineurs, Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espec, deuxième édition, 1970, p. 1400

(١) إذا كانت النيابة العامة تقف فى الدعوى الجنائية موقف المضارب على الحقيقة . فان المتهم يحملها باعتبار علمه بتعلق الادعاء الجنائى به أو انتفاء هذا التعلق .

(٢) قد ترتبط بالدعوى الجنائية دعوى أخرى المدنية ، فيبرز معها خصمان جديدان هما المدعى المدنى والمسئول عن الحقوق المدنية . وقد يتغيبان ، لكن غيابهما ليس حاد التأثير على سلامة الحكم كغياب المتهم . لاختلاف الحقيقة المحفوظة لدى كل منهما نتيجة المفارقة فى التصور فالتصوير القانونى لأهمية الدعويين .

(٣) قد يكون الغياب ضاريا حتى مرحلة التحقيق ، لكن هذا النوع من الغياب يتدارك خطره بالحضور أمام قضاء الحكم . فالغياب أمام هذا الأخير هو وحده السبب المباشر للخطأ .

(١٠) وأيا ما كان الأمر فى تحديد اللحظة الزمنية التى يحمل فيها الادعاء الجنائى إلى زمام القاضى[١] ، فإن الجوهرى هنا هو إثبات هذا التحول الى علم أصحابه عن طريق ما يسمى بتكليف الخصوم بالحضور[٢] .

ففى اللحظة التى يتم فيها تكليف الخصوم بالحضور أمام قضاء الحكم ــ سواء أكان هذا التكليف هو ذاته الذى « يحرك » الدعوى أو « ينقلها » ، أم كان مجرد عمل تنفيذى لأمر الاحالة ــ يتصل الخصوم قانونا بالادعاء الجنائى بإعتبار التكليف هو « الدعوة القانونية » التى تحقق للخصوم العلم القانونى بإتصال دعواهم بقضاء الحكم ، وهو وحده الذى ينشىء على عاتق المتهم

---

(١) فى جميع الأحوال يلزم تكليف المتهم بالحضور . هذا التكليف قد يكون عملا تنفيذيا لأمر الاحالة الصادر من قضاء التحقيق (مستشار الاحالة ــ قاضى التحقيق ــ غرفة المشورة) والذى به تتحرك الدعوى الجنائية (عند الصيفى صفحة ١٥٩ و ١٦١ المرجع الأستاذ الدكتور فتحى سرور ، أصول قانون الاجراءات الجنائية ، ١٩٦٩ ، ص ٥٣٦) والذى يقتصر أثره (عند المرصفاوى) على خروج الدعوى من حوزة مصدر الأمر لكنها لا تدخل حوزة المحكمة الا باجراء تكليف الخصوم بالحضور أمامها عن طريق النيابة العامة (ص ٦٩٨ المرجع السابق) .

هذا إذا كان أمر الاحالة صادراً من قضاء التحقيق ، أما إذا كان أمر الاحالة صادرا من النيابة العامة ، فان الدعوى لا تدخل حوزة المحكمة الا بتكليف المتهم بالحضور فعلا أمام المحكمة وبشرط أن يكون هذا التكليف صحيحا ، بصرف النظر عما إذا كان هذا الأمر قد سبقه تحقيق أم تم بناء على محضر جمع الاستدلالات (عند محمود مصطفى ص ٣١٩ ، ٤٠٦) بينما يفرق فتحى سرور بين التكليف بالحضور والذى سبقه تحقيق فيعتبره عملا تنفيذيا . والتكليف الذى جرى بناء على محضر جمع الاستدلالات حيث يعتبره تحريكا للدعوى (٥١٦) .

(٢) وفى الحق فان نظام الاعلان عموما يحتاج الى ثورة اصلاحية حتى يمكن ــ للمشرع وللقضاء ــ ترتيب الآثار القانونية المترتبة عليه بطريقة عادلة وحاسمة . وإذا كان اصلاح نظام الاعلان أمرا يتجاوز طاقة رجال القانون ، ويدخل بعنف فى أخلاقيات المجتمع الذى يتم فيه . فإن دور رجال القانون ينبغى أن يتوجه إلى التشديد فى شروط صحته بحيث لا تترتب عليه آثاره القانونية فى حق من وجه إليه إلا إذا كان قد تضمن بكل دقة البيانات المرجوة منه من ناحية وتأكد إتصاله بالمعنى من جهة أخرى . ولنا إلى هذه النقطة عود .

. الالتزام القانونى بالحضور »[1] .

التكليف بالحضور أمام قضاء الحكم هو إذن إتصال المتهم بالإدعاء الجنائى المحمول أمام قضاء الحكم ومصدر إلتزامه بالحضور أمامه ولذلك ينبغى أن يتضمن بكل دقة كافة المعلومات المؤدية بالفعل إلى ايصال الادعاء الجنائى اليه ، ثم أن يتخذ فى ظروف تكفل سلامة هذا الايصال نفسه ، وإلا فلا يمكن أن يترتب عليه أثره فى الالتزام القانونى على عاتق المتهم بالحضور[2]

(١) قارب : FAUSTIN. HELIE : Traité d'instruction criminelle ou la théorie du Code d'instruction criminelle, Tome 6 , 1867. p. 211 et s.
ANDRE VITU : Procedure pénale, " Thémis ", 1957, p. 402

ـــ أستاذنا الدكتور المرصفاوى ، ضمانات المحاكمة فى التشريعات العربية ، ١٩٧٣ ، ص ٩٥ ، ٩٦

ولا أدل على ما فى المتن من أن انتفاء حصول التكليف بالحضور يمنع المحكمة من نظر الدعوى اللهم الا اذا حضر المتهم الجلسة بالفعل ووجهت اليه النيابة العامة التهمة و « قبل » المحاكمة أنظر المادة ٢/٢٣٢ ق.أ.ح.المصرى . فالمتهم هنا يتصل بالادعاء الجنائى بالطريق الفعلى وبه يلتزم ان قبل . فان لم يقبل كان لابد من التكليف بالحضور لينشأ الالتزام على عاتقه .

(٢) فالاعلان قد يتخذ لشخص المتهم أو لموطنه أو لجهة الادارة . وتكون درجة التيقن من اتصاله بالدعوى أما أكيدة أو محتملة أو محل شك على التوالى . وما نقصده أن يقتصر الأثر القانونى المترتب على عاتق المتهم بالحضور على الحالات التى يكون فيها هذا المتهم قد علم بدرجة أكيدة .

ولا ينبغى أن نوحد النظرة إلى اجراء التكليف بالحضور فى المواد الجنائية والمدنية . ففضلا عن أن ذلك ضرب من ضروب التسهيل واختصار البحث لأن حضور المتهم ــ فى المواد الجنائية ــ هو حضور لحامل الحقيقة ، بينما حضور الخصم فى المواد المدنية قد لا يضيف الى الحقيقة أى جديد لأنها محمولة أساسا فى الأوراق ، ذلك امتداد طبيعى لتباين منوال الاثبات فى المواد الجنائية والمدنية. ومن هنا كان غياب الخصم فى المواد المدنية محدود المخاطر على سلامة الحكم من الأخطاء القضائية بينما غيابه فى المواد الجنائية ينشىء خطرا قويا على سلامة الحكم من جميع نواحيه . كما سيكشف هذا البحث .

وعلى هذا الأساس لم يكن دقيقا ما وصف به المشرع الجنائى من أنه كان أقل شجاعة من المشرع المدنى ــ وذلك بسبب الغاء نظام الغياب تماما من التشريع المدنى . =

وعلى هذا الأساس فإنه يلزم لكى ينشأ هذا الالتزام أن توجه الدعوى إلى المتهم أولا ثم ينبغى أن تكون هذه الدعوة صحيحة قانونا[1] ولا تكون كذلك إلا إذا كانت واضحة الدلالة فى « ذاتها » على تكليفه بالحضور أمام محكمة جنائية محددة ، فى جلسة محددة لسماع الحكم عليه فى إدعاء جنائى محدد فى الورقة تحديدا دقيقا أو تحديدا موجزا تترك من بعده الفرصة للمتهم لتحصيل تحديده الكامل بالاطلاع[2] . على أن يكون ذلك كله فى إطار من البيانات التى تحقق « الشكل القانون للتكليف » ، والتى تتعلق بمصدره[3] ، وتاريخ صدوره ، والخصم الموجه له[4] ، والقائم بتنفيذه والتى ينبغى أن تكون واضحة وضوحا يحقق للورقة ذاتيتها فى الافصاح عن وظفيتها الحقيقية .

هذا عن ورقة التكليف فى ذاته ويبقى اتصالها بعلم المتهم ، هذا الاتصال يمكن أن يتم بطرق متعددة للضرورات العملية وحدها[5] ، لكن آثاره القانونية فى نشأة

انظر ANDRE VITU : La reglementation de l'Appel et de l'opposition =
dans le Code de Procedure Pénale, J, G. P., 1959.
1. 1486 - Bouzat : Tralté, op. cit. 1999
لكنه كان أكثر تفهما لطبيعة الغياب الجنائى .

(١) أنظر : Garraud, Traité , op cit., p. 20 ونقصد بها فى المتن التكليف كمصدر لالتزام الخصم بالحضور واتصاله بالادعاء .

(٢) أنظر فى الموضوع المرصفاوى . ضمانات المحاكمة ص ٩٥ وما بعدها خصوصا ص ٩٦ . ويلاحظ أن ما فى المتن لا يخل بحق المحكمة فى تغيير الوصف وتعديل التهمة .

(٣) و (٤) انظر : Helie : Traité, op. cit., p. 212 - 214
ويتعين أن يكون صادرا من شخص له الصفة فى اصداره (جهة التحقيق — المضرور) وإلا كانت المحاكمة باطلة .

(٥) تعج الحياة العملية فى مصر بالصور التى يصعب فيها التلاق بالمتهم أما لفساد فى المنظمات والقوانين المنظمة للموطن ، يشاهد فيما نراه من تباين رهيب بين الموطن الرسمى المدون فى الهوية الشخصية للمواطن وبين موطنه الحقيقى ، وأما لعدم اكتراث من الشخص ذاته فى احترام نظام التسجيل المدنى . الأمر الذى يدعو بالفعل الى ثورة قانونية اصلاحية .

الالتزام القانونى بالحضور على عاتق المتهم ينبغى أن تتوقف على الحالات التى يكون فيها هذا الاتصال قد « تأكد »[1] تعلقه بعلم من وجه إليه ، فبهذا وحده يمكن القول بأن الشكل القانونى للتكليف قد تحقق ، وتحقق بالتالى علم المتهم بالإدعاء الجنائى المقام ضده وإتصل به علمه ونشأ بالتالى على عاتقه إلتزام قانونى بالحضور .

(١١) وعلى هذا الأساس فإن الغياب يمكن أن ينبعث من أربعة أسباب رئيسية : فقد يكون غياب المتهم عن « جهل » أما لأن تكليفا بالحضور لم يوجه اليه إطلاقا أو وجه باطلا فاقدا الحكمة المرجوة منه ـــ كما لو لم يتضمن بيان المحكمة أو التاريخ مثلا ـــ وأما وجه بالفعل صحيحا لكنه لم يصل الى علم من وجه اليه بأن أعلن لغير شخصه ولم يثبت علمه الفعلى به . مثل هذا الخصم لم ينشأ على عاتقه من البدء أى التزام قانونى بالحضور .

وقد يكون غياب الخصم عن « عذر » حيث أعلن لشخصه ، أو علم فعلا بالتكليف الصحيح الموجه إليه بالحضور لكن عذراً حال بينه وبين الاستجابة لدعوة القضاء كما لو كان مريضاً أو سجينا ، هذا الخصم على الرغم من نشوء الالتزام عليه قانوناً تحقق له العذر الذى حال بينه وبين الوفاء به .

ومع ذلك فقد يكون الغياب عن « عمد » ناشىء عن رغبة أو عن عنت وفى الحالتين يعلم الخصم يقيناً بالتكليف الصحيح متخذاً فى الحالتين قراراً إراديا بالغياب ، راغبا فيه لما قدره من إفتقار لحجج قد تفيده أو متعنتاً فيه تسويفاً للدعوى وإستخفافاً بالقضاء وعصياناً لأوامره[2] . هذا المتهم برغم إلتزامه

---

(١) وهذا ما لا يتحقق ـــ فى نظرنا ـــ الا بحصول الاعلان لشخص المتهم أو علمه بالاعلان يقينا على المعنى الذى سوف تثبت امكانيته حتى فى مصر .

(٢) لا أهمية فى القانون المصرى للتفرقة بين غائب العنت وغائب الرغبة ، وان كانت لها أهميتها فى القانون الفرنسى حيث أن هناك صورة تشريعية لغائب الرغبة يعتبر فيها الحكم حضوريا (م ١/٤١١ ، ٥ وهى

بالحضور تعمد الغياب(١)

(١٢)واقتناع القاضى يقوم على بحثه لقضيتين : إحداهما تؤكد وهى الاتهام والاخرى تنفى وهى الدفاع(٢) . وفى غياب الدفاع يصبح الخيار بين أمرين :

إما أن يتصدى القاضى للدعوى بالحكم مكتفياً بالاتهام المحمول أمامه ، باذلا بغير شك كل ما له من سلطات ومن قدرات للتعرف على الحقيقة فيه(٣) . وأما أن ينتظر حضور من غاب — عن الحضور أو الدفاع — ليقيم الحكم بدءا من أساسية الدفاع والاتهام وفى التوازن بين الخيارين تكمن فى الحقيقة مشكلة الغياب(٤) .

= حالة يطلب فيها المتهم من المحكمة القضاء فى غيبته . فتصرح المحكمة بحضور من يمثله اذا قدرت أن لا أهمية لحضوره . وبالرغم مما قد يبدو من اختلاط فى الحدود بين غائب الرغبة وغائب العنت الا أنهما يتميزان بالمسبب الرأسى (الباعث) . فبينما غائب الرغبة عالم بأن حضوره سوف لا يضيف جديدا وهذا هو السبب النفسى البعيد وراء غيابه ، فان غائب العنت قد تكون لديه حججه وقد لا تكون لكن السبب النفسى البعيد وراء غيابه يكمن فى التسويف فقط.

(١) فكرة التقسيم Garrand, op cit. T. 5, p. 718 ولكن

RAPHAEL ROUGIER :

Droit romaine, de la procédure suivie contre les absents .

Droit français, des jugements correctionnels, par defaut, Thèse LOYEN, 1893, p. 3 et s.

يرى أن التفرقة بين الغايبين تكون بمعيار الارادة المساندة له فيكون غيابيا اراديا أو غير ارادى ، ويفضله التقسيم المقترح فى المتن من حيث وضوحه .

(٢) انظر RENE GARRAUD : Précis de droit criminel, onziéme édition, 1912, p. 801

H, DONNEDIEU DE VABRE Précis de droit criminel, 1964 p. 391

(٣) فى المعنى
- GARRUD : Traité, op. cit., p. 27 et 28
- HELIE : Traité , op, cit., p. 397 et 396 .

(٤) فى المعنى Rougier, op, cit, p. 4 ولديه أن الغياب لا ينبغى أن يمنع من اصدار الحكم . لكن صدور الحكم لا ينبغى أن يمنع هو الاخر من اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية لاكراه الغائب على الحضور لسماع دفاعه أى يصبح للحكم وظيفة تهديدية محضة ANDRE WATEAU : L'effet de l'opposition au jugement civil ou commercial., Thèse Paris 1910, p. 2.

وإذا كان الأمر كذلك فيما يتعلق بموقف القاضى أمام الغياب ، فما هو موقف المتهم منه ؟ لا شك أن ثمة إلتزاما عاما مفروضا على الكافة بطاعة القانون والامتثال لأوامر منظماته ، ولا شك كذلك فى أنه لا يمكن للمتهم أن يعطل العدالة بتغيبه وإلا اختل ميزان العدل وأصبحت العدالة طوع أمره ، إن شاء شغلها أو إذا شاء عطلها فيقف جهاز العدالة أشل أمام وظيفته فى كشف النقاب عن مقترف الجريمة ردعاً له وزجراً للجميع وإستقراراً فى النهاية للجماعة[1]

ونثبت من البداية ، أنه إذا أمكن القول بأن من « حق » المتهم الغائب ، على المعنى الذى سوف ننتهى اليه فى تحديد الغياب أن يعارض فى الحكم الصادر ضده فى غيابه ، بحيث يمكن حسابيا القول بأن الغياب يولد الحق فى المعارضة ، فإن العكس غير صحيح على الاطلاق ، فوجود الحق فى المعارضة لا يعطى للمتهم الحق فى الغياب ولا يدخل ــ غيابه ــ بأى حال فى حقوق الدفاع[2] ، لأن حق الدفاع يفترض تعاملا مع القضاء لا تعطيلا له .

فليس صحيحاً ما جرى عليه الفقه الفرنسى قديما وتواتر فى أحكام محكمة النقض هناك ، من تقرير ما سمى « بحق المتهم فى الغياب » أو رخصة المتهم فى عمل الغياب بإعتباره حقاً من حقوق الدفاع ، منظما فى القانون لحماية مصالح

(١) انظر

- Vitu : Traite, op. cit, p. 1180
- Rougier, op. cit. p. 2, 24 et 48
- Helie : Traité , op. cit, p. 697 .
- Garraud, Précis, op. cit, p. 801

(٢) عكس هذا ورائده :

- Helie, Tratié, op. cit., p. 700.

H. DONNEDIEUX DE VABRE : Traité de droit criminel et de legislation pénale compré, Troisème édition, 1947. p. 838

لكنه يقصر هذا الحق فيما يبدو على مواد الجنح والمخالفات وحدها .

المتهمين ولهم أن يمارسوه بحرية كاملة محتفظين به حتى ولو كانوا خاضعين لأمر قبض أو كانت جريمتهم من جرائم الجلسات[1]

ومن الغريب أن محكمة النقض الفرنسية لم تحاول قبل سنة ١٩٣٥ أن تحد من هذا المفهوم الخاطىء بل يبدو أنها كانت توافق عليه تماما[2] فمن خلال تفهمها لموقف الغائب عن الحضور تفهمت موقف الغائب عن الدفاع ونقلته من القضاء المدنى الى القضاء الجنائى[3] ، منطلقة من منطق لا يمكن فهمه — فى غياب النص — إلا إذا كانت تسلم بأن غياب الخصم حق له ، يستعمله ولو حضر الجلسة بالفعل .

والحق أن هذا المفهوم قد تأسس على مغالطة كبرى[4] ، إذ ليس معنى أن القانون لا يوافق على إدانة نهائية تصدر ضد غائب ، أن للمتهم « الحق » فى الغياب .

---

(١) انظر : Hélie : Traité , op cit , p 700 et s.
يقول : « أنه ليس من سلطة المحاكم أن ترفع عن المتهم هذا الحق أو تقيده لانه حق مقرر لمصلحة الخصوم وينبغى لذلك احترامه »

(٢) انظر : Cass. ler, février 1867. B. No 25

(٣) انظر : Vitu : Traité, op. cit, p. 1180

(٤) ونرجع هذه المغالطة الى Hélie الموضع السابق، فى قوله : « أن ثمة حقا فى الغياب لأن القانون لا يرتضى أن تصدر ادانة نهائية ضد غائب »

وانظر فى نسبة هذه المغالطة اليه : Rougier, op. cit, p. 47 et 380 Garraud, Traité, op. cit, p, 5 et 7.

وانظر : ALBERT DUPARQUET , L'opposition, Thèse paris, 1896, p. 247.

وإنما الصحيح أن للمتهم « حقا » فى المعارضة ، لأن حق المتهم الوحيد فى القانون هو ألا يعاقب بعقوبة مرصودة لواقعة هو منها برىء ولما كان تغيبه ينشىء مثل هذا الخطر ، فإن الحكم الصادر عليه غيابيا يقبل المعارضة ولا يكون نهائيا[1] .

ليس الغياب حقا للمتهم وليس رخصة له ، لأن القانون يجيز القبض على المتهم الغائب — فى الجنايات — وليس هذا موقفا يتخذ ضد صاحب حق ، وليس حقا كذلك وليس رخصة لأنه لا حق للمتهم ولا رخصة فى إسقاط عقوبته بمضى المدة[2] .

ولا شك فوق ذلك ، فى أنه لا حق لانسان فى عصيان القانون ولا فى تعطيل العدالة قسرا ، ذلك مبدأ يعلو على البرهان من ناحية ولا استثناء عليه فى دولة متحضرة من ناحية أخرى . وعلى أساسه نؤكد بأنه ليس من حق الفرد أن يلتفت عن قول توجه اليه القانون به ، ولا أن يلتفت عن دعوة قانونية وجهت اليه بالمثول أمام منظماته لنظر الدعوى التى هو متهم فيها[3] . فإذا ما تغيب فلا

---

(١) و (٢) (كما قد يحمله بمصاريف الدعوى) انظر :

Rougier, op. cit , d. 41 et s.

— انظر المادة ٦٤١ ، ٢١٥ من ق . أ . ح الفرنسى

Duparquet, op. cit., p. 39 et 274

أنظر كذلك المادة ٣٨٠ من ق.أح المصرى والمادة ٣١٣ و ٣١٥ من نفس القانون والمادة الأخيرة تتحدث عن إمكانية الحكم بالمصاريف فى مواد الجنح والمخالفات — فى حالة براءة المحكوم عليه .

(٣) انظر **VITU, Traité, op. cit., p. 1180**

- Rougier, op. cit, p. 24, ' Garraud, Tralté , op cil , p 94

— وانظر : المرصفاوى : أصول قانون الاجراءات ، ص ٧١٤ : « أنه متى وصلت ورقة التكليف بالحضور للخصم وجب عليه أن يمثل أمام المحكمة فى اليوم المحدد . على أنه لا اجبار عليه فى ذلك » .

يمكن أن يقال أنه يستعمل ما يمكن أن نسميه حقه فى الحضور من عدمه ، وإنما الصحيح أن يقال بأنه أخل بالالتزام المفروض على الكافة — وهو تجسيدا — بإحترام القانون والاستجابة لأوامر منظماته ، وهو فى إخلاله بهذا الالتزام مخطىء ، يحسب عليه خطأه ويتحمل لذلك تبعته لا يعفيه منها سوى إثبات العذر المقبول الذى حال بينه وبين الوفاء بالتزامه ، وينطبق هذا المبدأ على الغياب الجنائى عموما سواء تعلق الأمر بجناية أم بجنحة أم بمخالفة[1] . لأن الحضور الجنائى فى جميع الأحوال مشروط لمصلحة المجتمع لا المتهم ، وهو وحده صاحب الحق فيه .

الغياب إذن احلال بالتزام قانونى بالحضور أمام قضاء الحكم هذا الالتزام يجد مصدره فى ورقة التكليف بالحضور التى تصل المتهم بالادعاء الجنائى المحمول ضده أمام قضاء الحكم[2]

(١) قارن : DE VABRE : Traité, op cit., p. 838. إذ يسلم بوجود الحق فى الجنح والمخالفات دون الجنايات . لان المشرع يرغب فى وجود المتهم فى الجناية تحت يد العدالة . وهى حجة غريبة لأن المشرع يرغب كذلك فى وجود المتهم — فى الجنح والمخالفات — تحت يد العدالة على الأقل فى الحالات التى يشترط فيها الحضور الشخصى . كما لا يمكن هنا رد الحق فى الغياب فى مواد الجنح والمخالفات الى حق الدفاع ، لأن حق الدفاع فى الجرائم الجسيمة — الجنايات — أولى بالوجود عنه فى الجرائم الأقل جسامة — الجنح والمخالفات .

(٢) قارن : ROUGIER, op. cit., p. 47 يرى فى الغياب « مركزا واقعيا مخالفا القانون » وهذا صحيح اذا نظر للغياب فى ذاته . والحق أن هذا المركز الواقعى المخالف للقانون انما هو ثمرة مخالفة للقانون أو بالأدق ثمرة اخلال المتهم بالالتزام القانونى المفروض على عاتقه بالحضور .

الفصل الثانى

الارتباط التاريخى بين الغيبة والمعارضة

(١٣) تمهيد
(١٤) الارتباط فى روما
(١٥) الارتباط فى القانون الفرنسى القديم

(١٣) ليس من شك فى أن الشعور القانونى ، فى العصور القديمة كان واعيا لفكرة الخطأ المفترض فى الحكم الصادر فى غيبة المتهم ، الدليل على ذلك هو الحرص الذى أبدى فى سائر تلك العصور ابتداء على حضور المتهم وانتهاء بالطريق الممنوح دائما للمتهم الغائب للطعن فى الحكم الصادر ضده فى غيبته . بل أننا نميل الى الاعتقاد بأن ذلك الشعور قد تفوق فى وعيه بتلك الفكرة عن الشعور القانونى المعاصر ، والذى كاد أن يستقر فى منطق معوج وغريب الى التنازل عن حرص القدماء على حضور المتهم من جهة وعلى منحه طريقا للطعن فى الحكم الصادر ضده فى غيبته من جهة أخرى .

لا أدانة نهائية ضد شخص لم تسمع أقواله . عبر كل العصور وفى كل التشريعات كان هذا المبدأ محلا للحرص والتسليم لما فيه من مصلحة للخصوم وللمجتمع فى ان واحد[1] ، لأن غياب المتهم هو غياب لحامل الحقيقة الوحيد بين أشخاص الخصومة الجنائية ، والمعرفة التى يحصلها القاضى للدعوى من جانب الإدعاء — فى غياب المتهم — هى على أحسن الفروض معرفة ناقصة ومن جانب واحد ، ومن ثم فإن الحكم الصادر فى الدعوى بناء على تلك المعرفة سوف يكون كذلك ناقصا أو من جانب واحد . والمستقى من ناقص ناقص بالحتم . ذكرنا ذلك على سبيل الاستطراد ليبرز المغزى من تلك اللمحة التاريخية .

(١٤) فى روما ، كان التنظيم القضائى قائما على توقى فرص إصدار الأحكام غيابيا ، كلما كان ذلك ممكنا ، وذلك باستعمال نظام الانذار المبكر للمتهم

---

(١) أنظر بالأخص : Wateau, op. cit., p. 1.

بالحضور ، أو ما يسمى فى عصرنا باعادة التكليف . فكان على القاضى بقوة القانون أن يوجه الى الطرف الغائب ثلاثة إنذارات متعاقبة بالحضور يفصل بين كل منها عشرة أيام ، فإذا مرت جميعها دون أثر ، كان على القاضى أن يوجه الى الطرف الغائب الانذار الاخير والذى يكون للحكم الصادر من بعده — اذا ما تعاند المتهم كذلك عن الحضور— أثار الحكم الحضورى . ذلك عن حرصهم على حضور المتهم. ولم يكن الطعن فى مثل هذا الحكم — بعد ذلك كله — مستحيلا بل كان على العكس جائزا بناء على أمر البريتور عن طريق ما يسمى L'in integrum restitutorium . كلما توافر للمتهم عذر شرعى أو مرض جسيم أو أسباب الخدمة العسكرية ، ومن مقتضاه نظر الدعوى من جديد فى الوضع الطبيعى[1] .

(١٥) وفى ظل les lois franques ، كان الغائب يتلقى أربعة إنذارات بالحضور ، على كل إنذار من الثلاثة الأولى عقوبة[2] أما الانذار الرابع فكان معاقبا عليه بالحجز على أمواله ، فإذا لم يحضر فى خلال السنة التالية لهذا الحجز ، صودرت هذه الأموال لمصحلة الأمير[3]

أما القانون الكنسى فقد اعتبر عدم طاعة الانذار الموجه الى الخصم بالحضور أو عدم الاستجابة لاستجواب القاضى ، جريمة délit فى ذاتها ، لكنه من جهة أخرى أعطى للغائب الحق فى طلب إصلاح الحكم الذى أضر به فى مجموعة[4] .

وتحت حكم Philippe - le - Bel ، قرر برلمان باريس — إحباطا للاساءات التى كانت تنتج عن الغياب — العود الى استخدام المنظمات القانونية التى كانت موجودة لدى الرومان . كالحجز على الأموال ومصادرتها . لكن الغيبة النهائية لم تكن تتحقق الا بعد أربعة انذارات متعاقبة[5]

---

(١) انظر : Wateau, op. cit., p. 2 et 3.

(٢) مقدارها : quenzo Sols

(٣) انظر : Wateau, op. cit., p. 3.

(٤) انظر Wateau, op. cit., p. 3 et s.
وكذلك CHARLES VIVET,: De l'opposition aux jugements par defaut en matiére civile et commerciale, Thése Paris, 1894. p. 7.

(٥) انظر : Wateau, op. cit., p 3 et s .

لكن الواقع أن الملامح الأولى للغياب على النحو المعروف فى العصر الحديث[1] قد ظهرت مع ظهور أمر VILLERS - COITERETS فى أغسطس ١٩٣٩ الذى قسم الدعاوى إلى طائفتين : دعاوى مدنية ودعاوى جنائية ، وكذلك أمر ١٦٧٠ الذى أكمل الأمر السابق وتضمن تقريبا ذات المبادىء المعروفة فى العصر الحديد فالدعوى الجنائية هى الدعوى التى تتجه الى تطبيق عقوبة عامة أما الدعوى المدنية فهى التى تتجه الى تطبيق عقوبة خاصة أو الى تقرير تعويض .

إستقام تنظيم الغيبة وفقا لهذين الأمرين على التفرقة فى المواد الجنائية ، بين الجنايات من جهة والجنح والمخالفات من جهة أخرى أو بالتعبير القديم بين الجرائم الكبيرة والجرائم الصغيرة . وقد ظلت هذه الجرائم الأخيرة تخضع لذات القواعد التى تحكم الاجراءات المدنية ، وكانت فى مجموعها أقل صرامة وشكلية من مثليتها فى الجنايات ، فظل من حق المتهم والمدعى المدنى — فى الدعوى المدنية — الحضور التمثيلى ، وفى حالة الغياب تنظر الدعوى مع ذلك ليصدر فيها حكم غيابى يمكن الطعن فيه بالمعارضة . أما الجنايات أو الجرائم الكبيرة فقد حظيت بمجموعة من الإجراءات التى ترمى إلى اكراه الغائب على الحضور وعلى الأخص إجراء عدم الأهلية فى التصرفات والحجز على الأموال وكذلك أوامر الحبس .

صحيح أن أمر ١٥٣٩ قد خفض عدد الانذارات الأربعة الى إنذارين فقط ، لكن الاجراءات السابقة كان من شأنها الضغط على المتهم لاختيار الحضور . وقد كانت الادانة الصادرة غيابيا وفقا لهذا الأمر ذاته ، تبطل بطلانا مطلقا بحضور المتهم فى خلال السنة اللاحقة لصدور الحكم ، لكنها كانت تكتسب قوة خاصة إذا ما إنقضت تلك المهلة دون حضوره ، إذ تتضاعف قرينة المسئولية culpabilité

---

(١) فى ايطاليا لم يكن من المسموح به معارضة الإدانة الصادرة غيابيا الا بخطاب من Sénat on Prince . وكان ذلك الخطاب بمثابة منحة تعطى بقصد دحض الإدانة التى صدرت ، وكان على المتهم أن يبرر أولا غيابه . ثم عليه أن يهدم الامارات التى استقام عليها الاتهام وأن يقدم الأدلة الذاتية التى تؤدى الى نقض الشهادات التى سمعت فى الدعوى ، ودون ذلك الخطاب كان الحكم الغيابى قابلا للتنفيذ الفورى . هذه القوة فى معاملة المتهم الغائب لم تكن كذلك فى القانون الفرنسى .

GEORGES PICOT : Le jugement par défaut en matiere cor-rctionuelle à propose du nouveau Code Autruchien, Dans Rev. critique de Jurisprndence en Matiére Civil. 1874, p. 840 et 811.

وتؤول الى خزانة الدولة الغرامات والتعويضات وثمار الأموال المصادرة ، ومع ذلك فقد كان من حق المحكوم عليه خلال الخمس سنوات التالية الطعن فى الحكم الصادر غيابيا اذا حضر بشخصه (١٦٥ من أمر ١٥٣٩)

وجاء أمر ١٦٧٠ فجعل من مجرد حضور المتهم — حرا أو معتقلا — خلال الخمس سنوات تلك أو حتى بعد فواتها أثرا مسقطا للحكم الغيابى . هذه الأثر المسقط كان يتحقق بقوة القانون ودون حاجة الى طلب من جانبه لتنظر الدعوى فى وضعها الطبيعى .

وقد قننت هذه المبادىء من جديد فى أمر ١٩ — ٢٣ يوليو سنة ١٧٩١ بشأن الجنح والمخالفات ، ثم ١٦ ستبمبر ١٧٩١ بشأن الجنايات ، على ذات الأسس التى قام عليها أمر ١٦٧٠ : فالمحكوم عليه فى مواد الجنايات لا يخرج عن كونه متهما ، حضوره وحده كفيل باسقاط الحكم بقوة القانون . أما فى مواد الجنح والمخالفات فلم يحظ المحكوم عليه بهذا التسامح فقد كان للحكم بعد إعلانه قوة معينة[1] .

ولم يخرج قانون تحقيق الجنايات عن ذلك .

هذا الاختلاف بين تنظيم الغيبة فى مواد الجنايات من جهة ومواد الجنح والمخالفات من جهة أخرى ، قد امتد كذلك الى طبيعة الجزاء المقرر على الغيبة فى كل منهما . فالاخلال العمدى بالالتزام بالحضور أمام المحكمة جزاؤه فى مواد

(١) انظر فى ذلك :

PICOT, op . cit., p. 841 et s.
- ROUGIER, op. cit, p. 18 à 28
- WATEAU, op. cit., p. 3. et s.

الجنح والمخالفات صدور الحكم حضوريا — كما سنرى ، وهو جزاء ينصب خطره فى الواقع على الحكم ذاته ، بينما جزاؤه فى مواد الجنايات يوقع على المتهم بوضعه « خارج حماية القانون » دون ما خطر على الحكم فى ذاته الذى يصدر غيابيا ذا خصيصة تهديدية محضة ، ويسقط بمحض الحضور المادى للمتهم — ولو معتقلا — ولا يتمتع خصائص الحكم بالمعنى الدقيق الا إذا صدر من جديد فى حضور الخصم وفى الوضع الطبيعى[1]

هذا التباعد فى تحديد فكرة الجزاء على الغيبة فى مواد الجنايات عنه فى مواد الجنح والمخالفات يجد أساسه فى الأسباب التاريخية[2] التى شاء لها التطور أن تسيطر على تحديد فكرة ما ، وأن تستمر فى سيطرتها ، حيث يزداد توقيرها فى النفس بفعل القدم وحده ، لتغدو مع الزمن من المسلمات دون سند عقلى يعضدها . فمع ظهور النظام الاتهامى فى القانون الفرنسى القديم بأمر ١٦٧٠ كانت اجراءات المحاكمة الجنائية تختلف بحسب جسامة الجريمة ، كما سبق ورأينا . فالجرائم الجسيمة كانت تخضع لاجراءات خاصة غير عادية فى جملتها أما الجرائم البسيطة فظلت على العكس خاضعة للاجراءات العادية التى كانت تسيطر على الأجراءات المدنية أو بالاقل كانت شبيهة بها . هذا الازدواج الاجرائى القديم والذى سار مع الزمن حتى يومنا هذا ، هو الذى سيطر على تحديد فكرة الغيبة الجنائية من جهة والجزاء المقرر عليها من أخرى ، فانفلق معناها على فكرتين : إحداهما سيطرت على مواد الجنايات ، وتستمد ذاتيتها من الحكمة من الحضور الجنائى ، والاستجابة لمتطلبات الحكم ذاته والنأى به عن مناطق الخطأ أو

---

(١) قارن : ROUGIER. op. cit., p. 9 et 17 et 22 et 24

ويرى أن المبدأ أن أحدا لايمكن أن يتخلص من القضاء بغيابه . لكن أى حكم يصدر ضد غائب لا يمكن أن يكون نهائيا . هذا المبدأ واحدا فى الحالتين وأن وضع فى العمل بطريقة مختلفة.

(٢) انظر: VITU : Traité , op. cit., p. 1180

- DE VABRE : Traité , op., cit. p. 838

وانظر خصوصا : ROUOIER, op. cit, p. 18.

حتى عن خطره . والثانى تستمد ذاتيتها من السهولة التشريعية والفقهية فى النقل واستسهاله عن البحث ، فسيطرت فكرة الغيبة المدنية الى حد كبير على تحديد فكرتى الغيبة فى مواد الجنح والمخالفات وعلى الجزاء المقرر عليها ، وظهر جريا على ما ظهر فى قانون المرافعات المدنية ما سمى بالحضور الاعتبارى وأحال المشرع صراحة على قواعد قانون المرافعات المدنية فى شأن التكليف بالحضور .

الفصــل الثالــث

نـطاق الخــطأ المفــترض

الحضـور والغيبة فى التشريعـين المصرى والفرنسـى

(١٦) هل يلزم حضور المتهم بشخصه أمام قضاء الحكم ؟ بعبارة أخرى هل الحضور التمثيلى محظور أمام القضاء الجنائى ؟

الواقع هنا أن الاجابة تختلف فى مواد الجنايات عنها فى مواد الجنح والمخالفات .

ففى مواد الجنايات ، يعتبر حضور المتهم بشخصه أمام محكمة الجنايات مبدأ لا استثناء عليه سواء فى فرنسا أو فى مصر . بعبارة أخرى يعتبر الحضور التمثيلى للمتهم محظوراً أمام محاكم الجنايات[1] أما فى مواد الجنح والمخالفات فقد أجاز

(١) انظر الاستاذ على زكى العرابى : المبادىء الأساسية للاجراءات الجنائية ١٩٥٢ ، ـــ ٢ ص ٥٣ وما بعدها . وانظر المادة ٣٨٨ ق.أ.ح.م وتقرر : « لايجوز لأحد أن يحضر أمام المحكمة ليدافع أو ينوب عن =

المشرع المصرى الحضور التمثيلى للمتهم فى جميع المخالفات وفى الجنح المعاقب عليها بغير الحبس إلا إذا أمرت المحكمة بحضور المتهم بشخصه[1] . أما المشرع الفرنسى فقد أجاز هذا الحضور فى جميع المخالفات المعاقب عليها بغير الحبس دون أن يكون للمحكمة أن تأمر بحضور المتهم شخصيا[2] وفى مواد الجنح التى لا عقاب عليها بغير الغرامة أو الحبس أقل من سنتين بشرط ألا تأمر المحكمة بحضوره شخصيا[3]

وهذه حلول فوق أنها لا تستقيم مع منطق الحضور الجنائى وما يستلزمه كما سنرى تفتقر من الناحية النظرية حتى إلى المنطق البحث ، فلا هى تسير مع

=المتهم الغائب ـــ م ٢٦٩ ، ١٥٠ ، ٢٧٢ ق.أ.ح الفرنسى وجدير بالذكر أن المتهم فى مواد الجنايات غالبا ما يكون محبوسا احتياطيا . انظر الحبس الاحتياطى وتأثيره على حصر نطاق الغياب فى مواد الجنايات .

GARRAUD : Précis, op. cit., p. 801 et 802

وجدير بالذكر كذلك أن المتهم اذا كان حرا ولم يسلم نفسه فى اليوم المحدد له فان أمر القبض الذى يتضمنه أمر الاحالة يصبح من ذلك التاريخ نافذا . انظر م ٢١٥ ق.أ.ح. الفرنسى ، وانظر كذلك :

M. FREJAVILLE et J. - C. SOYER, : Manuel de droit criminel, 1960, p. 243

(١) انظر المادة ٢/٢٣٧ من ق.أ.ج. وجدير بالإشارة أن هذه الحلول تتفق مع ما كان عليه الوضع فى قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى . راجع فيه المواد ١٥٢ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ويرى عدلى عبد الباق : شرح قانون الاجراءات ١٩٥٣ جـ ٢ ص ١١٤ أن للمتهم أن لا يحضر حتى ولو أمرت المحكمة بالقبض عليه وكل ما للمحكمة أن تحكم فى غيبته . وهو تفسير غريب .

(٢) انظر: Frajaville, p. 278 . وهو موقف غريب لم يقع فيه المشرع المصرى اذ متصور أن تحتاج المحكمة للمتهم شخصيا للتعرف على الحقيقة .

(٣) انظر المادة ١/٥٤٤ ، ٤١١ ق.أ.ج ، فرنسى ، وانظر

VITU : Traité, op. cit, p. 1133 et s
- HELIE : Traité op. cit, p. 394

معيار « جسامة الجريمة » لأن الجنح ــ فى مصر وفرنسا ــ منها ما يجوز فيه التمثيل وما لايجوز ، و لاهى تسير مع معيار « نوع العقوبة » ، لأن المخالفات المستوجبة لعقوبة الحبس ــ فى مصر ــ يجوز فيها الحضور التمثيلى بينما لا يجوز بالنسبة للجنح . أما فى فرنسا فغير جائز فى المخالفات المعاقب عليها بغير الحبس ، جائز فى الجنح المعاقب عليها بالحبس لكن أقل من سنتين[1].

وإذا كان منطق المشرع المصرى بالنسبة للمخالفات مفهوم ومتسق مع ما قضت به المادة ٣٠١ من ق . أ . ج من أنه « تعتبر المحاضر المحررة فى مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التى يثبتها المأمورون المختصون الى أن يثبت ما ينفيها »[2] بحيث يمكن أن يقال هنا بأن الحقيقة محمولة فى الأوراق بما يكفى فيه الحضور التمثيلى للمتهم ، الا اذا رأت المحكمة فى حضوره ما يفيد فى الوصول الى الحقيقة فتأمر به فيصبح حضوره شخصيا واجبا لا يستوفى بحضور وكيله[3] ، فان منطقه فيما يتعلق بالجنح ــ وموقف المشرع الفرنسى وأسبابه أفدح ــ يصعب فهمه ، فالغرامة ــ يضاف اليها الحبس أقل من سنتين فى فرنسا ــ عقوبة جنائية ليست بسيطة ، إن جاز التعبير .

---

(١) بمقتضى المادة ٢٣٧ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ لم يعد حضور المتهم واجباً إلا فى الجنح المعاقب عليها بالحبس « الذى يوجب القانون تنفيذه بعد صدور الحكم به » كما يلاحظ أن المخالفات فى مصر بعد تعديل المادة ١٢ عقوبات بالقرار بقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٨١ لم يعد من الممكن العقاب عليها بالحبس ، لأن عقوبتها هى الغرامة التى لا يزيد مقدارها على مائة جنيه

(١) المقصود بحجية هذه الأوراق أن المحكمة تستطيع أن تأخذ بما ورد فيها دون أن تعيد تحقيقه بالجلسة ، لكنها تخضع لتقديرها المطلق : المرصفاوى ٧٥٦ ــ محمود مصطفى ص ٤٤٦ . راجع فى اضفاء الحجية على بعض المحاضر فى القانون الفرنسى :

G. LEVASSEUR : La juridiction correctionnelle depuis l'application de C.P.P. dans : Rev. Sc. Crim. 1959, p. 600.

(٣) أنظر : المرصفاوى ص ٧١٢ ــ محمود مصطفى ص ٤٨٣ ــ فتحى سرور ص ٧٣٣

(١٧) أما عن الغيبة — فقد سيطرت فكرة « المثول المادى[1] للمتهم بشخصه ، فى مواد الجنايات ، ليكون المتهم دائما تحت تصرف العدالة وتحت بصر قضاتها وبشخصه على كفة ميزانها ، سواء فى مصر أو فى فرنسا فان لم يمثل ماديا وبشخصه عد غائبا [2]. لكن يلاحظ أن التزام المتهم بالمثول ماديا بشخصه أمام محكمة الجنايات لا ينشأ — فى فرنسا — الا اذا اتخذت إجراءات معينة فى ظروف معينة من شأنها أن تقطع بتوافر علمه بهذاالالتزام[3] فاذا لم يمثل المتهم ماديا بشخصة فى الميعاد المضروب له ، فلا يمكن مع ذلك إصدار الحكم عليه حضوريا، ولا حضوريا اعتباريا . لكنه ليس معنى هذا أنه يفر من كل جزاء على عدم المثول ، اذ هو يسقط على العكس تحت طائلة جزاء خطير هو وضعه

(١) نقصد بالمثول المادى « التواجد الجسدى » تمييزاً عن المثول المعنوى أى « التواجد الفكرى أى الدفاع » . و « بشخص المتهم » أى دون أن يكون للأخير الحق فى ارسال وكيل عنه .

(٢) انظر: GARRAUD : Précis, op. cit., p. 911
DE VABRE : Traité, op. cit. p. 838

(٣) فبعد اعلان أمر الإحالة الى موطن المتهم ، يصدر رئيس محكمة الجنايات أو من يقوم مقامه أمرا باعلان حالة غياب المتهم ، إذ لم يسلم نفسه — أو يهرب بعد تسليم نفسه — فى خلال العشرة أيام التالية لإعلانه بأمر الاحالة . ويتضمن أمر الغياب أعذارا رسميا للمتهم بالحضور فى خلال عشرة أيام جديدة ، وإلا عد « عاصيا للقانون » . ويلاحظ أنه لكى ينتج هذا الأمر آثاره فانه ينبغى أن تلصق صورة منه على باب موطن المتهم ان كان معروفا ، ومقر العمدية ، ومقر محكمة الجنايات . وأن ينشر فى احدى الجرائد التى تنشر بالمحافظة التى يقيم فيها المتهم . وينشأ بناء على هذا الامر التزام على الكافة بالابلاغ عن مكان المتهم حيث يوجد . انظر فى هذه الاجراءات والمواعيد : المواد ٤٦٠ ، ٤٧٠ ق.ت.ج والمواد ٦٢٧ ، ٦٢٨ ق.أ.ج فرنسى وراجع فيها كتب الفقه عامة وبالأخص :

VITU : Traité , op. citl., p. 1185
BOUZAT: Tratité, op. cit p., 1355, **GARRAUD**:Précis, op. cit., p. 911 et 912.

وانظر **Cass , 19 Janv. 1877. 5. 79. 1. 189**

ونقرر أنه اذا لم يسلم المتهم نفسه فى العشرة أيام التالية لاعلانه بموطنه ، أو إذا كان معتقلا أو اعتقل ثم هرب قبل صدور حكم المحلفين ، حتى ولو كان الهرب قد تم أثناء المرافعات أو بعد اقفالها . فى هذه الأحوال جميعها يعتبر المتهم غائبا .

« خارج حماية القانون »[1] . فتتوقف ممارسته لحقوقه كمواطن ، وأهليته فى مباشرة الدعاوى أمام القضاء سواء بوصفه مدعيا أو مدعى عليه ، وحريته فى التصرف فى أمواله بوضعها تحت الحجز ، ويكون للمحكمة أن تقضى فى غيبته باجراءات خاصة وسريعة نافذة للضمانات التى تصاحب المحاكمة أمام محاكم الجنايات عادة .

أما فى مصر فانه اذا تغيب المتهم المكلف قانونا بالحضور، فان للمحكمة أن تحكم فى غيبته ، ويترتب على صدور هذا الحكم إذا كان بالادانة حرمان المتهم « من أن يتصرف فى أمواله أو أن يديرها أو أن يرفع دعوى باسمه وبطلان كل تصرف أو التزام يتعهد به المحكوم عليه » (م ٢٩٠ أ.ح.م) . وواضح أن الالتزام الواقع على عاتق المتهم بالحضور يخضع تواجده القانونى فى فرنسا ، لشكليات من شأنها أن توفر علما علنيا بهذا الالتزام . بينما اكتفى المشرع المصرى بالتكليف بالحضور لتوافر هذا الالتزام قانونا على نحو ما يجرى فى الجنح والمخالفات . ومن ناحية أخرى فان وضع المتهم خارج حماية القانون يستغل فى القانون الفرنسى ، لقهر المتهم على الحضور بينما يقتصر دور — الجزاء — فى القانون المصرى على قهر المتهم على أبطال الحكم (م ٣٠٥ ق.أج) .

(١٨) هذا عن مواد الجنايات ، أما فى مواد الجنح والمخالفات ، فقد اتخذت الغيبة — فرنسا — فى ظل ق.ت.ح عند صدوره « معنى ماديا ومعنويا ، فحضور المتهم — والعكس يعنى غيابه — كان يعنى « تواجده المادى » — ولو بممثلة ما دام ذلك جائزاً — ثم « تواجده المعنوى » أى اشتراكه بالفعل فى المرافعات ، أى أنه قد كان يشترط لصدور الحكم حضوريا ان يتواجد المتهم وأن يدافع عن نفسه[2] .

---

(١) التعبير : GARRAUD, op. cit., p. 9123

VITU. Tr., op. cit. - FRAJAVILLE, op. cit., p. 269 à 271 - DE VABRE : Précis, op. cit, p. 394 et 395

BOUZAT : Traité op., cit., p. 1357

(٢) انظر : HELLIE : Traité, op. cit., p. 390 et s. et 299

- GARRAUD : Traité, op. cit, p. 18

وعلى أساس من هذا التصور كان لغياب المتهم فى مواد الجنح والمخالفات صورتان :

الغياب عن الحضور ، بمعنى عدم حضور المتهم ، المكلف قانونا بالحضور — حراً أو معتقلا — إلى الجلسة بشخصه أو بممثله حيث يجوز[1] . وتصور الغياب على هذا النحو كان يجد أسبابه فى التصوير المادى لفكرة الحضور . وقوامه مثول المتهم — أو بممثله حيث يجوز — أمام المحكمة مثولا واقعيا .

أما الغياب عن الدفاع ، أو بالأدق غياب الحاضر[2] ، فيكون حيث يتحقق بالفعل الحضور المادى للمتهم بالجلسة لكنه — لسبب أو لاخر — يمتنع أو يرفض الاشتراك فى المرافعات ، وتصور الغياب على هذا النحو كان يجد أسبابه فى التصوير المعنوى لفكرة الحضور ، إذ على الرغم من تواجده المادى فان تواجده المعنوى أو الفكرى متخلف برفضه الاشتراك فى المرافعات فأصبح غائبا بالرغم من حضوره[3] .

والجدير بالذكر أن هذا التصور الأخير للغياب ، كانت محكمة النقض الفرنسية قبل سنة ١٩٣٥ قد نقلته الى القضاء الجنائى قياسا — من وجهة نظرها

(١) انظر : FAUSTIN HELLIE : Pratique criminelle, éd. 1951, Tome 1, p. 268

- VITU , Précls, op. cit., p. 401
- DE VABRE : Précis, op. cit., p. 391
- GARRAUD : Priécis, op. cit., p. 905

(٢) التعبير بالفرنسية defaut de defendre . وترجمته كغياب الحاضر أدق ، لأن ترجمته كذلك لا تحتمل سوى الغياب عن الاشتراك فى المرافعات . أما الغياب عن الدفاع فيحتمل حدوثه من الحاضر ومن الغائب سواء

(٣) انظر : Cass 13 Aout, 1859, S. 59. 1 - 961
وقررت أن هذا الغياب يمكن ممارسته حتى ولو كان المتهم قد صحب الى الجلسة بناء على أمر قبض .

ونظر مؤيديه — على ما كان مقرراً فى قانون المرافعات المدنية : لوحدة العدالة المدنية والجنائية واتحاد طبيعة الحكم فى الإثنين ، ولغياب العلة من التمييز بين أنواع الغياب — التصور المادى والتصور المعنوى — من ناحية ، ولان عدم الإعتراف به من ناحية أخرى لا يتأتى إلا عن فهم حرفى للفظ « الحضور » يخالف قصد المشرع الذى يعنى بالحضور « حضور الدفاع عن التهمة » ، ولأن القول بغير ذلك ، من ناحية أخيرة ، يؤدى الى مصادرة غير مفهومة لحق المتهم المحبوس احتياطيا فى الغياب ، إذ كيف يمكنه — كغيره من المتهمين الأحرار — ممارسة حقه فى الغياب[1] ؟ ... وصورة لهذا الغياب الفعلية ، أن يتقدم المتهم بدفع ترفضه المحكمة كالدفع بعدم الاختصاص ، فيعلن لذلك رفضه الاشتراك فى المرافعات[2] .

والحق أن انحراف محكمة النقض الفرنسية فى نظرتها لطبيعة الغياب هو الذى قادها الى تقرير هذا القياس ، اذ تصورت أن من حق المتهم أن يتغيب حتى ولو تصادف حضوره فعلا — بارادته ، بناء على أمر قبض ، لوقوع الجريمة فى الجلسة — فاضطرت إنطلاقا من هذا التصور الفاسد بحق المتهم فى الغياب[3] إلى أن تبتدع تصويرا جديدا للحضور هو التصور المعنوى لينضم الى التصور المادى

(١) انظر:

Cass, 13 Mars 1835. B. No. 93
- HELIE : Traité, op. cit, T. 8,p. 701 et s.
- GARRAUD : Traité, op. cit, p. 24-
- Cass. 23 fév. 1837. B. No. 58 ,-
- Cass, 22 juillet 1859, D. 59 475

(٢) انظر :

- GARRAUD : Précis, op. cit., p. 906 Note 4. -
- HELIE : Pratique Criminelle 269 -
- DE VABRE : Traité , op. cit., 840

(٣) قارن : VITU : Précis, op. cit, p. 401

له ، ليتمكن المتهم من الغياب حتى ولو حضر فعلا جلسات القضاء[١].

وقد كان تساهل محكمة النقض ، فى تقرير هذا القياس سببا فى المماحكة وفرصة للخصم سيىء النية لتعطيل العدالة دون مبرر[٢] ، الأمر الذى دفع المشرع الفرنسى لأن يتدخل فى ٨ أغسطس ١٩٣٥ لابطاله بنص صريح[٣]، فأقفل الستار بذلك على التصور المعنوى للغياب إلى الآن .

ثم بدأ التصور المادى للمحضور فى مواد الجنح والمخالفات ، يتزلزل هو الآخر فى ذهن المشرع الفرنسى بسبب ذات الدواعى التى كانت وراء الغاء غياب الحاضر ، فلم يعد لازما ، فى ظل ق . ت . ح ، لصدور الحكم حضوريا أن يكون المتهم قد مثل بالفعل أمام المحكمة بل أصبح يكفى لصدور الحكم حضوريا أن يكون غياب المتهم — أى عدم مثوله واقعيا — عن رغبة كما لو طلب أو وافق على جريان المرافعات فى غيابه ولم تقرر المحكمة أهمية لحضوره ، (١٤٩ / ٢ ق.ت.ح) ، كما أصبح من الممكن صدور الحكم حضوريا ، إذا كان غياب المتهم عن عمد بأن أعلن بالتكليف الصحيح لشخصه ولم يحضر دون

---

(١) يرى Rougier, op. cit, p. 70 بحق ، أن هذا القياس قد تم دون اتحاد العلة ، وهو نتيجة من نتائج التصور الخاطىء لطبيعة الغياب . إذ أن غياب الحاضر كان له فى القانون المدنى مايبرره ، لأنه يؤدى الى عدم تحديد الطلبات conclusions من جانب الخصوم . وهى مهمة الخصوم فى التنظيم القضائى المدنى . هذا التحديد عديم القيمة — من ناحية المتهم — فى الدعوى الجنائية . بل ان امتناع المتهم عن الاجابة يعد وسيلة من وسائل الدفاع على النحو الذى يفهمه الانجليز تماما فى حكمتهم القائلة « بأن باستطاعة المتهم أن يمثل بقبعته صامتا على المقعد الذى يشغله فى مواجهة المحلفين » .

(٢) انظر :

- DE VABRE : Précis, op. cit, p. 392
- VITU précits , op. cit., p. 401
- BOUZAT, Traité op. cit., p. 1399

(٣) حظر هذا التشريع على الخصم أن يعلن غيابه ما دام قد حضر الجلسة (م١٤٩/٣) أو أن يقبل المرافعة فى بعض التهم ويعلن الغياب فى البعض الاخر (م ١٤٩/ الاخيرة) ونص على اعتبار الحكم فى الموضوع حضوريا ما دام الحكم الصادر فى الدفع الفرعى كان حضوريا (م ١٤٩ ٥٣) .

عذر مقبول (٤/١٤٩ ق . ت . ح)[1] .

وبالغاء فكرة الحضور المعنوى والتضييق من فكرة الحضور المادى على هذا النحو بدأ التباعد بين فكرة الحضور والغياب بالمعنى المادى « أى مثول المتهم مثولا واقعيا » ، وبذا أصبح حضور الخصم غير متوقف على مثوله ماديا بل عد حاضرا ولو كان غائبا من الناحية الواقعية، مادام غيابه كان وليد رغبة مقبولة أو عمد ، وهو ما إصطلح على تسميته « بالحضور الإعتبارى » .

والحق أن هذا التطور كان يمثل الخطوة الأولى نحو التفهم الحديث لفكرة الحضور والغيبة ، وهى كخطوة أولى لم تكن بالغة الوضوح فلم يجرؤ المشرع — من ناحية — على تقرير « وجوب » اصدار الحكم حضوريا فى حالة غياب العمد ، بل جعله رخصة للمحكمة[2]، كما علق نية العمد — من جهة أخرى — على حصول التكليف الغائب .

وقد زال هذا التردد من بعد ، إذ نزع ق.أ.ج . الرخصة من القضاء فأصبح الحكم أما حضوريا وأما غيابيا بحسب موقف المتهم[3] فاذا كان غياب المتهم عن

(١) فى المعنى : LEVASSEUR et STEFANI : Procédure Pénal, éd. 1959, p. 687,

DE VABRE : Précis, op. cit, p. 393
HELIE : Pratique Criminell, p. 268 ,
VITU : Précis, op. cit, p. 402

(٢) انظر :

HELIE : Pratique Criminelle, p. 268
VITU : Précis, op. cit., p. 402

(٣) أضاف ق.أ.ج العلم الفعلى بالتكليف بالحضور بالوسائل المنصوص عليها فى المواد ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٦٠ واعتبرها متساوية قانونا مع التكليف لشخص المتهم . فوفقا للمادتين ٥٥٧ ، ٥٥٨ على المحضر عند اعلان المتهم فى موطنه أو فى جهة الادارة أن يعلن الخصم عن هذا الايداع دون ابطاء بخطاب مسجل بعلم=

« جهل » حيث لم يعلن لشخصه ولم يثبت علمه الفعلى بالتكليف الصحيح بالحضور يصدر الحكم غيابيا ، وكذلك إذا كان غيابه عن « عذر » حيث أعلن لشخصه أو علم فعلا بالتكليف الصحيح بالحضور لكن غيابه كان مبرراً بعذر مقبول(١) أو فى عبارة جامعة إذا كان غياب الخصم عن الحضور ــ بنفسه أو بممثله ــ حدث دون خطأ منه(٢) ، أما إذا كان غياب المتهم قد ساندته إرادة الرغبة أو التعمد ــ على ما سبق ــ اعتبر الحكم حضوريا فى حق المتهم ، وبهذا انفلقت فكرة الغياب فى المواد الجنائية بين الجنايات من ناحية والجنح والمخالفات من ناحية أخرى .

(١٩) هذا عن تصور الغيبة فى مواد الجنح والمخالفات فى فرنسا ، أما فى مصر فقد سيطرت تماما فكرة الحضور المادى للمتهم فى ظل ق.ت.ح. أى مثول المتهم

= الوصول وتوقيع المتهم على استلامه يؤدى الى قرينة قاطعة على اتصال علمه بالتكليف وتصبح له نفس آثار الاعلان لشخصه م ٥٦٠ يستطيع المدعى العام أن يطلب من مكتب البوليس القضائى un officier de police judiciaire أن يبذل مجهوداته فى سبيل مقابلة المرسل اليه واعلانه شفهيا . هذا الاعلان عند حدوثه ينتج نفس آثار الاعلان لشخص المتهم . انظر فى عرض ذلك :

VITU : Article, op. cit, la reglemantation.

كما أضاف حالة جديدة للحالات السابقة يعتبر فيها الحكم حضوريا وهى حالة عدم استطاعة المتهم الحضور بشخصه أمام القضاء بسبب حالته الصحية فاذا رأت المحكمة عدم تأجيل الحكم تستطيع بحكم خاص أن تأمر بسماع المتهم فى موطنه أو محل القبض فى حضور محاميه بواسطة قاض تندبه لهذا الغرض وفى حضور قلم الكتاب .

ومن الصعب فى الواقع وصف هذا الحكم بأنه « حضورى اعتبارى » ، لأنه وقد سمع دفاع المتهم ، وسمح له بارسال ممثله حضورى بيقين . وهو فى الحقيقة يعد استثناء على قواعد الحضور ذاتها حيث تجيز المادة ــ وفقا للشروط الواردة بها ــ الحضور التمثيلى .

(١) انظر LEVASSEUR et CHAVIN , op. cit. p. 180
VITU : Traité op. cit. p. 1181

(٢) انظر : GARRAUD : Traité, op. cit., p. 18 et 21
FREJAVILLE, op. cit., p. 283

أو من يمثله — حيث يجوز — أمام المحكمة بشخصه مثولا واقعيا . أما التصور المعنوى للحضور فلم يعترف به القانون أو القضاء فى مصر قط ، فمثول المتهم بالجلسة يعنى حضوره حتى ولو رفض أو امتنع عن الاشتراك فى المرافعات[1] .

وبصدور قانون الإجراءات الجنائية بدأ التصور المادى للحضور يتزحزح فى ذهن المشرع المصرى بظهور حالات الحضور الاعتبارى ، ولم يعد من الممكن التسليم بما يسير عليه الآن بعض الفقه فى تحديد معنى الغيبة بأنها عدم حضور الخصم المكلف قانونا — بشخصه أو بممثله حيث يجوز — جلسات المرافعة كلها أو بعضها مادامت لم تسنح له فرصة الاطلاع والرد عما دار فيها . بعبارة أخرى أن تكون العبرة فى تحديد معنى الغيبة بجلسات المرافعات ، فمثول المتهم فيها جميعا يجعل الحكم حضوريا ، وتغيبه عنها جميعا يجعل الحكم غيابيا ، أما فى حضور البعض والغياب عن البعض الآخر فالعبرة بسنوح أو عدم سنوح الفرصة للاطلاع والرد لما دار فى الجلسات التى غاب المتهم عنها[2] . ولم يعد من الممكن التسليم بهذا الرأى وقد كان سديدا قبل إستحداث حالات الحضور الاعتبارى .

وأيا ماكان الأمر ، فقد نصت المادة ٢٣٨ / ١ من ق.أ.ج على أنه « إذا لم يحضر الخصم المكلف بالحضور حسب القانون فى اليوم المبين بورقة التكليف بالحضور ولم يرسل وكيلاً عنه فى الأحوال التى يسوغ فيها ذلك يجوز الحكم فى غيبته بعد الاطلاع على الأوراق » . يشترط إذن لكى تستطيع المحكمة أن

---

(١) انظر الاستاذ الدكتور محمد مصطفى القللى : اصول قانون تحقيق الجنايات ١٩٤٥ ، ص ٤٧٠ — على زكى العراب جـ ط ص ٨٣

(٢) فى المعنى : محمود مصطفى ص ٣٨٤ — فتحى سرور ص ٧٣٢ — وقارن : رؤوف عبيد ص ٦٧٧ هـ ١ ، وقارن المرصفاوى ص ٨٩٢ هـ ١ ويرى — بحق — أن قواعد الحضور والغياب التى استحدثها المشرع المصرى تكتفى « بمجرد حضور الخصم أمام المحكمة » ثم تخلفه بعد ذلك بدون عذر ليكون الحكم حضوريا دون نظر الى ما تم فى الجلسات التى حضرها أى أنه لا يلزم أن يكون الحضور فى جلسات المرافعة .

تقضى فى الغيبة أن يكون المتهم قد كلف بالحضور قانونا . فهل هذا التكليف ينقل إلى المتهم العلم فعلا بانتقال دعواه الى قضاء الحكم ؟ الواقع أن هذا السؤال لا يحظى باجابة مطلقة ، فالتكليف قد يتم لشخص المتهم وهنا يتصل علمه فعلا بالدعوى وينشأ على عاتقه الإلتزام بالحضور ، لكنه كذلك قد يتم إلى موطنه[1] أو الى جهة الادارة وهنا يكون علمه محتملا أو محل شك . ومن هنا فان هذا الشرط فى عمومه يمكن أن يستوعب غائب الجهل أو العذر أو العمد . أو بعبارة أخرى يمكن تحقق هذا الشرط سواء أكان غياب المتهم بخطأ منه أو بدون خطأ — على حسب إتصال علمه بالاعلان فعلا أو انتفاء هذا الاتصال أو توافر العذر من عدمه — هذا التعميم — ومرده فيما نعتقد الى عدم الانضباط التشريعى فى تنظيم إعلان المتهمين — هو الذى كان فيما يبدو وراء تردد المشرع المصرى فى التحديد الآخر لمعنى الغيبة أو بالادق فى عدم تعليقها على موقف المتهم فقط ، ففوض الأمر الى المحكمة لتكون بالخيار إذا ما تحقق الشرط الثانى — عدم مثول المتهم فى اليوم المحدد بورقة التكليف بالحضور — بين أن تحكم فى غيبة المتهم أو تؤجل الدعوى ، وتأمر بإعادة الاعلان ، مع تنبيه إلى أنه إذا تخلف عن الحضور فى هذه الجلسة يعتبر الحكم الذى يصدر حضورياً ، فإذا لم يحضر وتبين للمحكمة ألا مبرر لعدم حضوره يعتبر الحكم حضورياً (م ٢٣٨ / ٢)[2] .

ومن هنا فمن المتصور أن تصدر المحكمة حكما غيابيا بالرغم من أن غياب المتهم كان بخطأ منه كما لو أعلن لشخصه أو علم فعلا بالتكليف وانتفى لديه العذر . كما يتصور فى هذه الحالة أيضا أن تأمر المحكمة بتأجيل نظر الدعوى

(١) انظر : م ٣٣٤ ق.أ.ح — نقض ١٩٥٢/٥/٧ ، أحكام النقض س ٣ ق ٣٣١ ص ٨٩ — نقض ١٩٦٧/٥/١٦ أحكام النقض س ١٨ ق ١٣٢ . ويعتبر استلام الورقة على هذا الحال قرينة على علم الشخص المطلوب اعلانه ما لم يدحضها باثبات العكس .

انظر تفصيلا فى : المرصفاوى ص ٧٠٥ وما بعدها

(٢) انظر فى هذه الرخصة : المرصفاوى ص ٧١٤ — ٧١٧ . ويرى أن على المحكمة أن تؤجل نظر الدعوى وتأمر باعادة التكليف « كلما رأت فى حضور الخصم ما ينير سبيل الوصول الى الحقيقة » .

وإعادة الاعلان فيصبح تكرارا عقيما لا يضيف جديدا الى ما حققه الاعلان الأول . وهو مادعا المشرع المصرى إلى تقرير أنه إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت لشخص الخصم وتبين للمحكمة أنه لا مبرر لعدم حضوره فيعتبر الحكم حضورياً . (م ٢٣٨/١) .

ومتصور من ناحية أخرى ، أن يكون غياب المتهم عن « جهل » منه بالإدعاء لتمام الاعلان لغير شخصه وعدم توافر علمه الفعلى به . متصور فى هذه الحالة أن ترى المحكمة تأجيل نظر الدعوى وإعادة الاعلان . ويصبح هذا التكرار عقيما اذا تم كذلك لغير شخص المتهم إذ يظل هذا الأخير برغمه جاهلا أمر الإدعاء المقام ضده .

هذا الاختلاط إنما ينتج من غياب الأساس الموضوعى الذى يسمح للمشرع نفسه بترتيب الأحكام المناسبة ، كما يسمح بالقول بنشأة الالتزام القانونى على عاتق المتهم بالحضور ، ويدع للقاضى الفرصة فى النهاية لتفريد فئات الغائبين . هذا الأساس هو فى نظرنا إقتصار الآثار القانونية المترتبة على ورقة التكليف بالحضور على الحالة التى يتم فيها أعلانها الى شخص المتهم أو تلك التى يثبت فيها علمه اليقينى بها كما سنرى .

القاعدة إذن ، أن عدم مثول المتهم المكلف قانونا بالحضور ـــ بشخصه ـــ أو بممثله إن جاز ـــ « يجيز » للمحكمة ـــ إن لم تأمر بتأجيل الدعوى وإعادة الإعلان ـــ أن تقضى فى غيبته (م ٢٣٨/١) .[1] هذه الرخصة تنتزع من المحكمة تارة ، وتارة تضاف اليها رخصة أخرى . فيصبح الحكم حضوريا وجوبا أو بقوة

---

(١) ومع ذلك يعتبر الحكم حضورياً فى حالتين :

١ – إذا كانت ورقة التكليف بالحضور قد سلمت لشخص الخصم .

٢ – إذا كانت المحكمة قد أجلت الدعوى وأمرت بإعادة الاعلان مع تنبيه الخصم إلى صدور الحكم حضورياً إذا لم يحضر . كل ذلك بشرط أن يتبين للمحكمة – فى الحالتين – أنه لا مبرر لعدم حضوره

القانون[1] بالرغم من عدم مثول المتهم ماديا إذا حضر الخصم — بنفسه أو بوكيله[2] — عند النداء على الدعوى ثم غادر الجلسة ، أو تخلف عن الحضور من بعد عن جلسة أو أكثر من جلسات المرافعة المتتابعة[3] دون أن يقدم عذرا تقبله المحكمة[4] .

وهذه الصورة من الصور المثالية لغياب « العمد » توفر فيها للمتهم العلم بالإدعاء الجنائى المقام ضده واتصل به علمه بطريقة لا شبهة فيها فإذا ما أنسحب من الجلسة أو تخلف عن حضور الجلسات المتتابعة من بعد ، دون أن يكون لديه عذر فلا تفسير لاخلاله بالالتزام الذى نشأ فعلا على عاتقه بالحضور سوى الرغبة فى التسويف والإستخفاف بحرمة القضاء[5] . وفى إخلاله بهذا الالتزام قد أخطأ ، وشاء المشرع أن يكون جزاء خطئه صدرو الحكم حضوريا فى مواجهته ، على الرغم من أن المتهم لم يمثل واقعيا أمام المحكمة .

لكن هناك حالتين يكون الحكم الصادر فيهما حضورياً بقوة القانون .

---

(١) انظر : محمود مصطفى ص ٤٨٦ — المرصفاوى ص ٧١٨ — رؤوف عبد ص ٦٨٠ — فتحى سرور ص ٧٣٦

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية — المرصفاوى ص ٧١٩ — محمود مصطفى ، الموضع السابق — فتحى سرور ، الموضع السابق — عدلى عبد الباق ، ص ١٢٣ الى ١٢٦

(٣) أما اذا انقطع هذا التتابع ، بعطلة أو اضراب أو رجوع المحكمة نفسها مثلا ، فيلزم اعلان المتهم قانونا بالجلسة التى تصل هذا التتابع من جديد . انظر نقض ١٩٦٠/١٢/١٥ النقض س ١١ ق ١٥٢ — نقض ١٩٦٦/٣/٢٢ أحكام النقض س ١٧ ق ٦٨ ص ٣٤٣ — نقض ١٩٦٨/٦/٤ احكام النقض س ١٩ ق ١٣٤ — وكذلك نقض ١٩٤١/٤/٢٨ مجموعة عمر جـ ٥ ق ٢٤٩ ص ٤٥٣ .

(٤) وتقدير قيمة العذر يدخل فى اختصاص قاضى الموضوع . ولا معقب عليه فيه مادام انه أسسه على اعتبارات تؤدى عقلا الى النتيجة التى رتبها عليه . نقض ١٩٥٥/٤/٢٦ أحكام النقض س ٦ ق ٢٧١ ص ٩٠٩ .

(٥) **المذكرة الايضاحية** : وانظر احمد عثمان حمزاوى : موسوعة الاجراءات ١٩٥٣ ص ١٠١٣ — **رؤوف** عبيد س ٦٨١

فعلى المحكمة ـــ منعا لتضارب الأحكام وإطالة الأجراءات[٣] ـــ إذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص عن واقعة واحدة ، وتخلف بعضهم رغم تكليفهم بالحضور حسب القانون ، على المحكمة أن تؤجل الدعوى لجلسة مقبلة وتأمر بإعادة إعلان من تخلف عن الحضور إليها مع تنبيههم إلى أنهم إذا تخلفوا عن الحضور فى هذه الجلسة فسيعتبر الحكم الذى يصدر حضورياً (م ٢٤٠ ق.أ.ج.م) ويتوقف اعتبار الحكم حضورياً ، فى هذه الصورة – بقوة القانون – على عدم حضورهم فعلا وأن يتبين للمحكمة أن لا مبرر لهذا الغياب وأن تفصح عن أسبابها فى ذلك .

ولا يلزم أن يكون أى من الإعلانين قد تم لشخص الخصم[١] .

وبصرف النظر عن الصياغة الرديئة لهذه المادة[٢] ، يؤخذ عليها من الناحية الموضوعية ما تضمنته من قولها : « ... وتبين للمحكمة أن لا مبرر لعدم حضورهم ، وهو أمر يفترض قدرا من الايجابية من جانب المحكمة فى البحث عن أعذار للمتهم عن طريق آخر سواه[٣] ، وهو ما استبعده البعض ضمنا بتقريرهم ما

(٣) المذكرة الايضاحية ـــ وتلك علة لا يجوز ـــ فيما نعتقد ـــ ان يتحمل بسببها غائب الجهل أو العذر جزاء صدور الحكم عليه حضوريا .

(١) وهو ما يفهم من المذكرة الايضاحية اذا قررت أنه « يلاحظ أن نص الفقرة الثانية من المادة ٤١٥ (٢٣٨ من القانون) لا يغنى عن هذه المادةى ٤١٨ (٢٤٠ من القانون) اذ يجب لاعتبار الحكم حضوريا طبقا لتلك الفقرة ، أن يكون الاعلان قد سلم الى الخصم شخصيا . (حمزاوى س ١٠١٥) . انظر كذلك : المرصفاوى ص ٧٢١ ـــ محمود مصطفى ص ٤٨٧ ـــ عدلى عبد الباقى جـ ٢ ص ١٢٧

(٢) من الناحية الشكلية يغلب على تلك المادة طابع السرد عن طابع تقرير حكم قانونى ، فهى قابلة الاقتصاد الى النصف دون اخلال بوضوح المعنى « يجوز للمحكمة اذا رفعت الدعوى على عدة أشخاص عن واقعة واحدة ، وتخلف بعضهم عن الحضور رغم تكليفهم قانونا ، ان تؤجل الدعوى الى جلسة مقبلة وتأمر باعادة اعلانهم مع التنبيه عليهم بامكانية صدور الحكم حضوريا اذا تخلفوا ثانية عن الحضور » . أما عن الناحية الموضوعية فقد ناقشناها فى المتن ولا يزال هذا النقد صحيحاً برغم تعديل صياغة هذه المادة بمقتضى القانون رقم ١٧٠ لسنة ١٩٨١ .

(٣) قارن: المرصفاوى ص ٧٢١ ويضع يده على الصورة التى كانت فى ذهن المشرع عند صياغة النص . فان لم يحضر ... ولم يقدم للمحكمة عذرا يبرر غيابه أو لم نتبين المحكمة من طريق اخر أن هناك سببا لغيابه .. كما اذا ثبت أنه مسجون .

جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة من أنه « من الطبيعى أن تقتنع بأنه لا مبرر لغيابه فتقرر إعتبار الحكم حضورياً »[1] ، فاعتبرت هذه العبارة بذلك نافلة من القول . ويبقى من ناحية أخيرة ، أن نتساءل عن الجديد الذى تصور المشرع المصرى أن الإعلان الثانى – إذا ما تم كالأول لغير شخص الخصم – سوف يضيفه إلى الاعلان الأول حتى يجوز للمحكمة أن تصدر الحكم حضورياً ، ولم يمثل المتهم واقعياً أمام المحكمة .

أما عن الحالة الثانية ، التى يصبح فيها الحكم حضورياً بقوة القانون فتتحقق حيث يكون الاعلان قد تم لشخص الخصم ولم يحضر ولم يقدم عذراً يبرر غيابه غائب عمد بالمعنى المثالى للكلمة[2] فإذا كان للمحكمة أن تؤجل الدعوى وتأمر بإعادة الاعلان فهذا كما أشرنا من قبل تكرار عقيم[3] ، لأنه على أحسن الفروض سوف يتم كذلك لشخصه ، وإذا كان لها أن تصدر الحكم غيابيا فهذه رعاية لا ينبغى أن يحظى بها غائب أخل عمدا بإلتزامه القانونى بالحضور ، وفى الحالين يفلت هذا الغائب من كل جزاء على إخلاله العمدى . ومن هنا وجب اعتبار الحكم حضورياً .

لا ننكر أن هذه الحلول تنم عن رغبة المشرع المصرى فى التقليل ما أمكن من فرص صدور الحكم فى غياب المتهم حيث ترك القاضى « يقدر » مناسبة إصدار

---

(١) انظر : محمود مصطفى ص ٤٨٧ – المذكرة الايضاحية. وفى هذا التفسير ولا شك مصادرة على المطلوب .

(٢) انظر : المرصفاوى ص ٣١٧ — محمود مصطفى ص ٤٨٥ — نقض ١٩٥٣/٣/١٧ أحكام النقض ص ٤ ق ٢٢٧ ص ٦٢٢ — نقض ١٩٦٠/١٢/٦ احكام النقض ص ١١ ق ١٦٩ ص ٨٧١

(٣) بل وخطر فى بعض الاحيان ، لأن المحكمة تفقد رخصتها فى اصدار الحكم حضوريا اذا تم الاعلان الثانى لغير شخص المتهم .

فى المعنى : فتحى سرور ص ٧٣٥

الحكم فى غيبة المتهم ثم ترك له كقاعدة أن « يقدر » مناسبة إعتبار الحكم حضوريا ليعطيه الفرصة فى النهاية للاستجابة لمقتضيات سلامة الحكم ذاته كلما استوجبت حضور الخصم أو داخله الشك فى عدم تحقق العلم الفعلى للمتهم بطريق التكليف وهو إتجاه حسن ومحمود فى ذاته . لكن هذه الحلول من ناحية لا تستجيب تماما ومتطلبات الاتجاه كما لا تستجيب من ناحية أخرى فى تطبيقها العام مع ما ينبغى للقانون نفسه من احترام ولسير العدالة فى تحرى الحقيقة من إنتظام . لأن تعميم الحلول على نحو لم يراع فيه التفريد الواجب بين فئات الغائبين ودون أن يكون هناك أساس موضوعى يمكن القاضى من هذا التفريد ، يمكن أن يؤدى — إذا سلمنا جدلا بصلاحية الجزاء التشريعى الموجود على الاخلال بالالتزام بالحضور وهو إعتبار الحكم حضوريا — إلى اصدار الحكم حضوريا على غائب « الجهل » أو الى اصداره غيابيا على غائب « العمد » . ولعل هذا الخطر هو الذى دفع المشرع فيما يبدو ، الى اجازة المعارضة فى الحكم الحضورى الاعتبارى بشروط خاصة (م ٢٤١ / ٢)[1] .

أن الأساس الوحيد الذى يسمح للمشرع بهذا التفريد ، أو يمكن القاضى منه هو « اتصال علم المتهم بالادعاء الجنائى الذى أقيم ضده أمام قضاء الحكم » . هذا الاتصال هو الذى ينشىء على عاتق المتهم الالتزام القانونى بالحضور ، وهو كذلك الذى يسمح بتقدير « الخطأ » فى جانبه إذا ما تغيب عن الحضور دون عذر ، ثم بترتيب الأثر القانونى المترتب على هذا الخطأ[2] .

---

(١) جواز المعارضة هنا يتوقف على شرطين : أولهما أن يثبت المحكوم عليه غيابيا قيام عذر منعه من الحضور لم يستطع تقديمه للمحكمة . وثانيهما أن يكون استئناف الحكم غير جائز بعبارة أخرى أن يثبت المحكوم عليه أن كان فى غيابه معذورا لا متعنتا كما تصورت المحكمة ، التى يعتبر قبولها معارضته خلاصه الوحيد .

راجع فى هذا الخصوص المؤلفات العامة لقانون الاجراءات الجنائية كافة .

(٢) انظر ما سبق بند ١٠ ، ١٢ وانظر فى العلة من تقرير نظام الحضور الاعتبارى : الكتب العامة فى الاجراءات الجنائية وهى وان تفاوت التعبير — توافر الخطأ فى جانب المتهم .

= - FRAGAVILLE , op. cit., p. 268

فمتى يقال أن المتهم قد اتصل علمه بالدعوى ونشأ بالتالى على عاتقه إلتزام قانونى بالحضور ؟

الواقع أنه إذا كان من الصعب قانونا أن يشترط تمام الاعلان لشخص المتهم دائما ، فانه من المبالغ فيه عملا — ومن ثم قانونا — أن نقطع اذا ما تم لغير شخصه باتصال علمه بالادعاء الجنائى المقام ضده ونشأ على عاتقه بالتالى الالتزام القانونى بالحضور ، وعلى هذا فمن غير المعقول أن يصدر الحكم حضورياً إذا ما تغيب المتهم والظن الغالب هو أنه « جاهل » أمر هذه الادعاء كما قرر المشرع المصرى فى الحالة الثانية . (م ٢٣٠) .

معنى ذلك إذن أنه يمكن ، أن يتم الاعلان فى موطن المتهم ، أو للسلطة الادارية على حسب الأحوال[1] ، لضرورة عملية لكنه لا ينبغى أن يترتب على مثل هذا الاعلان إفتراض إتصال علم المتهم به وتوقيع الجزاء عليه باعتبار الحكم حضوريا إذا ما تغيب دون خطأ ثابت وقع منه[2] بعبارة أخرى لا ينبغى إعتبار

=

- HELIE : Pratique criminelle. op. cit, p., 268
- VITU : Traité , op. cit, p. 1180
- POUZAT : Traité , op. cit., p. 1399

وانظر المرصفاوى ص ٧١٦ و ٧١٧ — محمود مصطفى ص ٤٨٥

(١) انظر المواد ٢٣٤ ، ٣٣٤ من ق.أ.ق — وفى الموضوع : المرصفاوى ص ٧٠٥ وما بعدها — فتحى سرور ٥١٨ — نقض ١٩٥٢/٥/٧ احكام النقض س ٣ ق ٢٣١ ص ٨٩٠.

(٢) توضيحا لذلك نذكر بعض الحالات التى يتم فيها الاعلان لغير شخص الخصم والتى يصعب أن يتأسس عليها فى القانون الجنائى التزام على عاتق المتهم :

١ — يجوز عملا أن يكون للشخص أكثر من موطن فى وقت واحد ، فيصبح اعلانه فى أى منها . نقض ١٩٦٧/٥/١٦ مشار اليه فى احكام النقض س ١٨ ق ١٣٣

=

الاعلان الذى يتم لموطن المتهم أو للسلطة الادارية قرينة على إتصال علم المتهم بالدعوى[1] . على خلاف ما هو سار فى المواد المدنية للتفاوت الشديد فى الأهمية النسبية للحضور المدنى والجنائى ومن ثم الدور الذى ينبغى أن تلعبه ورقة التكليف بالحضور[2] ، وإتساقا مع ما سلم به المشرع المصرى نفسه فى صدد إعلان الحكم الغيابى (المادة ٣٩٨ / ٢) لكنه إذا ما تم الإعلان لشخص الخصم أو علم به علما يقينيا[3] ، فانه يكون قد اتصل بالإدعاء المقام ضده والتزم قانونا بالحضور أمام قضاء الحكم وبالتالى فمن غير المقبول ولو جواز للقاضى أن يعاد الاعلان لتحقيق علم وإتصال سبق أن تحققا ولا أن يصدر الحكم غيابيا ما دام هذا الغياب لم يسنده عذر مقبول والظن الغالب أن المتهم « متعمد » هذا

= ٢ – أن المحضر غير مكلف بالتحقق من صفة من يتقدم اليه لاستلام الاعلان ممن ورد بيانهم فى م ١٣ مرافعات (وكيله ، خادمه ، لمن يكون ساكنا معه من أقاربه أو اصهاره) طالما أن هذا الشخص قد خوطب فى موطن المراد اعلانه ــ نقض ١٩٦٣/٥/٣٠ احكام النقض س ١٤ ق ١٠٨ س ٧٦٩

٣ – تنص المادة ٣/٢٣٤ ، على أنه إذا لم يؤد البحث الى معرفة محل اقامة المتهم ، يسلم الاعلان للسلطة الادارية التابع لها اخر محل اقامة للمتهم ما لم يثبت خلاف ذلك

٤ – نقض المادة ١١ من قانون المرافعات الجنائية المدنية التى أحالت عليها المادة ١/٢٤٣ فى كيفية الاعلان على أنه ، إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب اعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة الى أحد المقيمين معه المبينين فى تلك المادة ، فاذا لم يجد أحدا منهم وجب أن يسلمها ــ حسب الأحوال ــ الى مأمور القسم أو العمدة أو شيخ البلد الذى يقع موطن الشخص فى دائرته .

وقبل ذلك كله ومعه ، فان اخلاقيات المجتمع الذى يتم فيه الاعلان ينبغى أن يكون محلا ملاحظة تامة من واضعى التشريع.

(١) على عكس ذلك يجرى قضاء محكمة النقض فى المواد الجنائية نقلا عن المستقر فى المواد المدنية ــ نقض ١٩٦٧/٥/١٦ احكام النقض س ١٨ ق ١٣٢

(٢) ما سيلى بشأن طبيعة الحضور

(٣) العلم يقينى فى ظل قواعد الاجراءات الحالى يمكن أن يتواجد فى عدة صور : =

الغياب كما قرر المشرع المصرى فى الحالة الاولى . (م ٢٣٨/ ٢) .

= ١- اذا امتنع الخصم نفسه عن استلام الاعلان . وقد جرى قضاء محكمة النقض على وجوب **تسليم**
صورة الاعلان حتى فى هذه الصورة الى جهة الادارة . وعلى وجوب اشتمال أصل الاعلان على اثبات **واقعة**
امتناع المتهم عن استلام الاعلان وسببه ــ نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ احكام النقض س ١٤ ق ٥٣ ص ٢٦٠

٢ – توجب المادة ١٢٥ من قانون المرافعات المدنية عند تسليم الاعلان الى جهة الادارة ــ بسبب **عدم**
تواجد أحد ممن نصت عليم المادة فى موطن المتهم ، أو تواجدهم وامتناعهم عن الاستلام ــ ان يخطر **المحضر**
المعلن اليه ، بخطاب موصى عليه يخبره فيه أن الصورة قد سلمت الى جهة الادارة . وهو اجراء **جوهرى**
يترتب على اغفاله البطلان بمقتضى المادة ٢٤ من القانون . انظر نقض ١٩٥٣/٥/٧ احكام النقض س ٣ ق
ق ٣٣١ ص ٨٩٠ نقض ١٩٦١/١٢/٢٦ أحكام النقض ص ١٢ ق ٢١٢ ص ١٠٠٧ ... **فاذا ما تسلم**
المتهم هذا الخطاب بنفسه عند ذلك علما يقينيا كالاعلان لشخصه تماما .

٣ – حضور المتهم فعلا عند النداء على الدعوى وانسحابه من بعد أو تخلفه عن بقية الجلسات . **هذا فى**
حالة ما إذا كان الاعلان قد تم لموطنه أو لجهة الادارة .

ويلاحظ أن العلم اليقينى يتحقق على الدوام فى حالة اعلان المتهم بورقة التكليف لشخصه . **ويمكن أن**
يضاف ــ بل ينبغى أن يضاف ــ نصوص تشريعية بطبيعة الحال ــ حالة اخطار المتهم من جانب **جهة**
التحقيق باحالته الى قضاء الحكم فى تاريخ محدد واسم محكمة محددة ، أو ثبوت اخطاره بالاستلام عنها .
وهذا ما لا يتحقق بطبيعة الحال الا اذا كان المتهم قد حضر التحقيق . وفى هذه الحالة **يجوز الاستغناء عن**
التكليف بالحضور اما إذا كان غياب المتهم ضاربا حتى مرحلة التحقيق فنقترح أن يسند الى **رجال السلطة**
العامة ــ امناء الشرطة مثلا ــ البحث عن المتهم واخطاره شفهيا باتصال دعواه بقضاء الحكم ، **وهنا يأخذ**
هذا الاخطار الشفهى ذات قوة التكليف .

الفصل الرابع

الخطأ المفترض

كأساس للطعن بالمعارضة

(٢١) اتضح من التحليل السابق أن التصور الذى أعطى للغياب الجنائى قد ارتبط فى البداية بمعيار « المثول المادى للمتهم » — أمام المحكمة بحيث كان الحضور والغياب يتناسبان تناسبا عكسيا قوامه مثول أو عدم مثول المتهم — أو ممثله حيث يجوز بالفعل أمام المحكمة[1] .

وقد ظل هذا التصور ثابتا — فى مواد الجنايات — حتى وقتنا هذا[2] ، بينما لحقه التطور سواء فى مصر أو فى فرنسا — فى مواد الجنح والمخالفات بادخال نظام الحضور الاعتبارى جريا على ما تم فى القانون المدنى لأسباب تكمن

(١) وذلك دون تجاهل « التصور المعنوى » الذى كانت محكمة النقض الفرنسية قد نقلته بطريق القياس الى القضاء الجنائى

(٢) لم يأخذ المشرع المصرى عند وضع ق.أ.ق بنظام الحكم الحضورى الاعتبارى فيما يتعلق بالأحكام التى تصدر من محكمة الجنايات فى مواد الجنايات . على عكس ما فعل بالنسبة لمواد الجنح والمخالفات .

فى جملتها فى ضرورة توافر الجزاء على الغياب العمدى الذى كان يلجأ إليه المتقاضون تطويلا لأمد التقاضى وتسويفا للعدالة ، فاعتبرت بعض الأحكام حضورية بالرغم من عدم مثول المتهم ماديا أمام المحكمة ، على ما رأينا . وبهذا التطور إنفصل التناسب بين الحضور المادى للمتهم وغيبته وبات من الممكن اعتبار الحكم حضوريا بالرغم من عدم المثول المادى للمتهم وظهر — فى الفقه الفرنسى — معيار جديد للغياب هو خطأ المتهم : فإذا كان المتهم قد تغيب عن الحضور بخطأ منه كما لو أعلن لشخصه أو ثبت أنه أعلن فعلا بالتكليف وإنتفى لديه العذر ، أعتبر الحكم حضوريا على الرغم من عدم مثوله أمام القضاء ، أما إذا كان قد تغيب بغير خطأ منه كما لو لم يعلن على النحو السابق أو أعلن وتوافر له العذر ، فإن الحكم يعتبر حضوريا[1] .

واقتصر الفقه فى معالجته لفكرة الحضور أمام القضاء الجنائى على الإشارة الى ضرورة مباشرة الإجراءات فى حضور الخصوم أو تمكينهم من حضورها وعلى تعداد الاباحات التشريعية الممنوحة للقاضى بابعاد المتهم عن الجلسة والممنوحة لبعض فئات المتهمين بالحضور التمثيلى وبيان حدودها وشروطها وما إلى ذلك مما يقتضيه تفسير النصوص[2] ، دون بحث لدواعى الحضور أمام القضاء الجنائى ، وما تقضيه هذه الدواعى من حلول لاسيما والحلول التشريعية فى مصر وفرنسا لمشكلة الحضور قد جاءت — كما رأينا — خالية حتى من المنطق البحث .

---

(١) فى المعنى وان تفاوت التعبير :

- FRAGAVILLE, op cit, p. 283
- LEVASSEUR : et SIEFANS : op. cit, p. 150 ed. 71
VITU : Traité, op. cit, p. 1181 et article, op. cit
- CARRAUD : Traité , op. cit, p. 5 1021

(٢) راجع كتب الاجراءات الجنائية عامة .

ويبدو أن المواجهة الصحيحة لفكرة الحضور ، هى وحدها التى تكفل التحديد الصحيح لفكرة الغيبة والبناء الملائم لمعالجة الخطأ المفترض الناجم عنها .

ولم نر من جادل فى الاختلاف العميق بين المصالح المرتبطة بكل من الدعويين المدنية والجنائية ، وبعيد أن نرى من يجادل فى ضرورة إنعكاس طبيعة هذه المصالح المختلفة على القواعد التى تحكم كل من الدعويين أمام القضاء[1]

فالواقع أن الحضور فى المواد الجنائية يتمتع بضرورة لا توجد — على الأقل بذات الكثافة — بالنسبة للحضور فى المواد المدنية ، وأن المشرع فى مصر وفرنسا قد تأثر فى تصوره لطبيعة الحضور الجنائى بالمشرع المدنى الى حد كاد أن ينسيه ما يتميز به هذا الحضور من طبيعة خاصة تستلزم ابتداء أن يكون الأصل العام هو الحضور الشخصى للمتهم أمام المحكمة الجنائية بلا تفرقة بين مواد الجنايات والجنح والمخالفات . فالطبيعة الخاصة للحضور الجنائى لا تتنوع بحسب جسامة الجريمة ولا نوع العقوبة وحاجة القاضى لمثول المتهم أمامه لا تقل فى الجنح عن الجنايات . لأن الحقيقة محفوظة فى جميع الأحوال فى قلب المتهم على نحو يشكل فيه السماح القانونى له بارسال من يمثله خطرا على إقتناع القاضى وبالتالى على سلامة الحكم .

ولا شك فى أن الحضور الشخصى للمتهم ليس بداهة مطلوبا لذاته ، وكإجراء شكلى يستنفده بحضوره أمام المحكمة ، لكن هذا الحضور مطلوب — فضلا عما فيه من حضور للحقيقة — كضرورة تفرضها دواعى القانون الجنائى الحديث فى تفريد العقوبة وإختيار التدبير الوقائى الجائز تطبيقه على المتهم . ولا شك أن

(١) انظر بحثا قيما فى هذا الموضوع :

ANDRE VITUS : Les rapports de la procédure pénale et de la Procédure civile, Dans Mélanges offers à Monsieur Professeur PIERRE VOUIN, 1967, p. 812 à 828

التغاضى عن هذا الاعتبار فيه إنتكاسة وتغافل عن دور القانون الجنائى الحديث وقعود به فى مراحله الأولى .

ولئن كان الحضور الشخصى للمتهم فى مواد الجنايات ضرورة علا بها المشرع الجنائى وفقهه عن كل تأثر بفقه المدنيين لما فيه من بروز للطبيعة الجنائية للحضور[1] ، فإن هذه الطبيعة لم نر من جادل فى تواجدها بذات القدر فى مواد الجنح ومعظم المخالفات ، الأمر الذى يستتبع توحيد المنطق القانونى للحلول استجابة للدور الجديد الذى أنيط بالقانون الجنائى الوفاء به ، وإستجابة لمتطلبات سلامة الحكم ذاته . لكنه إذا تصادف وكانت الحقيقة محفوظة فى الأوراق — وهو أمر قاصر فى المواد الجنائية على بعض المخالفات — فإنه يمكن السماح القانونى بالحضور التمثيلى للمتهم إذ نكون هنا قد اقتربنا من منوال الحكم المدنى ويجوز بالتالى الاقتباس ، بشرط أن يدور هذا السماح فى هذه الحدود فقط وأن يخضع دائما لأذن مسبق من القاضى[2] .

---

(١) الحضور الشخصى للمتهم فى مواد الجنايات ضرورى فى مصر وفرنسا ، ونظام الحكم الحضورى الاعتبارى لا يمتد انطباقه على قواعد الحضور والغيبة فى مواد الجنايات . انظر نقض مدنى ١٩٥٧/٥/٢٨ احكام النقض س ١٨ ق ١٥٤ ص ٥٥٨ والمادة ٣٨٤ من ق.أ.ج المصرى .

(٢) وجدير بالذكر أننا نعلم ، أن الجزاء الجنائى قد سار الوسيلة السهلة للمشرعين فى أحكامهم لدرجة بات فيها نطاق التجريم متسعا حتى شمل اعدادا غفيرة من المسالك التى لا تتحقق فيها فكرة الذنب أو الخطيئة والتى تكمن ذاتيتها فى فكرة النظام كقيد المواليد والوفيات ، وبعض صور التهريب الجمركى والتهرب الضريبى . نعلم ذلك ونعلم أن نطلب حضور المتهم فى مثل هذه الجرائم يحمل بعض التطرف ، لكن الواقع أن هذا النقد يوجه بالاكثر الى السياسة التشريعية الجنائية ذاتها ويدعو الى ضرورة العمل على وقف تلك السيولة فى استخدام الجزاء الجنائى .

راجع بحثا للاستاذ الدكتور حسن صادق المرصفاوى فى اتجاهات نحو تبسيط الاجراءات الجنائية — محاضرة القيت فى جمعية القانون والاقتصاد فى ١٩٦٧/٤/٥

(مقال لم ينشر) التجريم فى تشريعات الضرائب لنفس الاستاذ ١٩٦٣ ، ص ٣٣ وما بعدها .

فالمصالح المرتبطة بالدعوى المدنية هى بطبيعتها مصالح خاصة ومحددة ، بعيدة جملة وتفصيلا عن المصلحة العامة ، قوامها ادعاءات متناقضة بالأخص مالية بين أطراف الدعوى وتتبلور ماهيتها من خلال تحديد الخصوم أنفسهم لطلباتهم[١] . ويظل هذا صحيحا حتى ولو كان موضوع الدعوى المدنية هو مسئولية فاعل الجريمة عن تعويض المعانى منها عن الأضرار التى أصابته بسببها ، إذ تظل المصلحة المرتبطة بالدعوى — حتى فى هذه الصورة — هى مسئولية أو عدم مسئولية الفاعل عن تعويض المعانى عن الأضرار التى تحملها بسبب الجريمة .[٢]

وقد إنعكست هذه الطبيعة الخاصة على دور القاضى المدنى فى الاثبات فكان مبدأ حياد القاضى أو سلبيته La neutralité de juge ou sa passivité على إعتبار أن الإثبات إنما يجرى هنا لخدمة مصالح خاصة ، فتحيد القاضى عنه ، وترك للخصوم أمر تحديد ادعاءاتهم إبتداء ثم التدليل عليها بأدلة سعرت حجيتها ، وهو بينهم كمن يحمل ميزانا وصنجة يقضى لمن ترجح موازينه ، ومن هنا قيل بأن الدعوى المدنية نشاط يجرى أمام المحكمة[٣] . هذا الانعكاس الذى ألقته طبيعة المصلحة فى الدعوى المدنية على القاضى وعلى الخصوم انعكس بدوره على فكرة الحضور أمام القضاء المدنى فاستقرت فكرة « الحضور التمثيلى » على أساس أن لدى ممثلى الخصوم من مواهبهم القانونية ما يمكنهم من تحديد ادعاءاتهم والتدليل

---

(١) هذه الطلبات بطبيعتها متنوعة وقابلة للتجدد المستمر ولذلك يقع على عاتق الخصوم واجب تحديد طلباتهم للمحكمة .

(٢) قارن : VITU : Article 1967 , op. cit., p. 814 et s.
- JEAN PATARIN, Article, op. cit, p. 10

ويقرر vitu أن الدعوى المدنية un problème d'ordre privé
أما الدعوى الجنائية un problème d'intéret public

(٣) انظر VITU, Article, op. cit. 1967 , p. 816
JEAN PARTIN, op. cit.

عليها بطريقة هى أفضل ــ فى نظر القانون من الخصوم أنفسهم[1] . يضاف الى ذلك أن الدليل فى القانون المدنى ــ اذا استثنينا الاقرار واليمين ــ منفصل بطبيعته عن حامله ، ومن ناحية أخرى فإن حضور الخصم بشخصه دون دليل خارج عن محمول زعمه ــ لاقيمة له أمام القضاء المدنى إذ أن العبرة بالدليل ذاته ، ومن هنا فلا ضير فى أن يحمل الدليل ممثل الخصم بدلا من الخصم ذاته .

الحضور أمام القضاء المدنى إذن حق خالص للخصم يستوفيه بشخصه أو بممثله ، كيفما يقدر ولو كانت دعواه أمام القضاء الجنائى إذ لا تزال المصلحة فى دعواه هى هى[2]

وبعيدة عن هذا تماما هى المصلحة المرتبطة بالدعوى الجنائية ، لأن هذه المصلحة لم تعد مجرد تعويض مالى يمنح للمعانى من الجريمة ، وإنما هى باختصار : ردع وسيلته العقوبة ــ أو العلاج ــ هى مصلحة عامة تمس المجتمع كله فى مجموعه حيث أخلت الجريمة بكيانه وبقائه : تضع الدعوى الجنائية فى الميزان هدوء ونظام وأمن الجماعة من جهة ، وذمة وشرف بل وحياة المتهم من أخرى ، ومن هنا فان موضوع الدعوى الجنائية واحد فى كل الجرائم،وهو ومطالبة سلطة القضاء بتوقيع العقاب على المتهم ، هذه السلطة مكلفة أساسا بالتفتيش عن الحقيقة المادية فى الإدعاء ، ولها استجابة لذلك ولدواعى التجريم وضرورات دفاع المجتمع ضد الجريمة أن تستعين بكل الوسائل ــ دون أن تتقيد بدليل محددة حجيته ــ لكى تصل إلى أدق معرفة ممكنة للجريمة وظروفها لتحدد بناء على أى وصف تقضى وبأى قدر من العقوبة تنطق ، ومن هنا قيل بأن الدعوى الجنائية هى نشاط المحكمة بعكس الدعوى المدنية التى هى نشاط يجرى أمام المحكمة[3] .

---

(١) قارن

ROUGIER op. cit., p. 40

(٢) مسلم فى مصر وفرنسا بجواز الحضور التمثيلى بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية وكذا المدعى المدنى فى فرنسا .

(٣) قارن :

JEAN PARTIN, op. cti., p. 79

وانظر خصوصا :

VITU : Article, op. cit, 1967, p. 813 et 819

ولما كانت الحقيقة فى الإدعاء الجنائى محمولة فى صدر المتهم وحده فان حضوره « بشخصه » أمام القاضى يعد ضمانة أولى للوصول الى معرفة أقرب وأدق بالحقيقة ، بمراقبته للتحقيق وسماعه للشهود وغيره من المتهمين بتوجيه الأسئلة اليهم وكذلك توجيه ما لديه من أوجه دفاع أو أعذار هذا الحضور إذا كان لا شك فى ضرورته وحتميته فى الأنظمة التى يجيز تشريعها لقاضى الحكم استجواب المتهم يظل له معناه حتى فى الأنظمة التى تحظر استجواب المتهم ، ذلك أن من حق القاضى أن يطلب ما يراه من ايضاحات من المتهم ثم أن تحريم الاستجواب مقرر لمصلحة المتهم ومن ثم فله أن يتنازل عنه إما بطلبه صراحة من المحكمة أن تستجوبه أو بعدم اعتراضه على استجوابه وإجابته على الأسئلة التى توجهها اليه المحكمة[1] . ومن ناحية أخرى فان متطلبات القانون الجنائى الحديث فى تفريد العقوبة أو اختيار الجزاء التهذيبى الممكن لإصلاحه لا يتأتى دون بحث شامل وكامل للمتهم ، هذا الذى لا يتأتى بدوره إلا فى مثول المتهم بشخصه أمام القاضى .

بعبارة أخرى ، اذا كان باستطاعة القاضى المدنى — إلا فى بعض المواد النادرة — أن يفصل فى الدعوى التى اختص بالقضاء فيها دون أن يتعرف على الخصوم ودون أن يكون حضورهم الشخصى ضرورياً ، فان القاضى الجنائى لا يمكنه ذلك دون معرفة عميقة une connaissance approfondu بالمتهم الذى يقاضيه : بشخصيته بأوجه النقص أو العجز الذى يعتريه سواء من الناحية الخلقية أو العقلية أو من ناحية الطبع ثم أن يتعرف على الوسط الاجتماعى الذى عاش فيه ، لاسيما وأن القانون المصرى يعطى للقاضى الحق فى طلب إيضاحات من المتهم (مادة ٢/٢٧٤ ق.أ.ج.م) هذا الاشتراط الذى يأخذ الآن — أو المفروض أن يأخذ — شكل البداهات ظل لوقت طويل مجهولا إلى أن أبرزته

(١) وإذا كان التشريع المصرى لا يجيز استجواب المتهم (م ١/٢٧٤) إلا أن كثيرا من التشريعات كالسورى والكويتى والبحرينى تجيزه . انظر : المرصفاوى : ضمانات المحاكم ص ٧٠ ، ٧١ — وانظر كذلك نقض ١٩٧١/٥/٢٠ أحكام النقض ص ٢٢ ق ١١٩

المدرسة الوضعية الايطالية الى النور الى درجة بات الجنائيون من بعدها يطالبون بأن يشغل المتهم الدرجة الأولى من عمل القاضى[1] .

نخلص من هذا كله وعلى أساسه ، بأن الحضور فى المواد المدنية يختلف عن الحضور فى المواد الجنائية للمفارقة فى التصور ، فالتصوير القانونى لأهمية المصلحة التى تعبر عنها كل من الدعويين : فبينما يعتبر الحضور الشخصى فى المواد المدنية حقاً خالصاً للخصم فان الحضور الشخصى فى المواد الجنائية يعتبر حقاً خالصا للمجتمع[2] ، لا ينبغى لهذا الأخير أن يتنازل عنه إلا حيث تنتفى مبرراته وعلى أن يكون معلقاً على إذن من القاضى دائما .

هذا هو الأساس الأول الذى ينبغى أن ترتكز عليه كل محاولة لعلاج مشكلة الغياب . حضور المتهم شخصياً أمام المحكمة كضرورة تفرضها دواعى سلامة الحكم ذاته ومتطلبات القانون الجنائى الحديث ، وعلى هذا فان إجازة الحضور التمثيلى سواء فى مصر أو فى فرنسا يحتاج فى المواد الجنائية إلى إعادة نظر .

(٢٢) هذا من ناحية ، ومن أخرى فاذا سلمنا بأن حضور المتهم بشخصه أمام القضاء الجنائى يعتبر « حقا » خالصا للمجتمع ، يقابله « التزام » على عاتق المتهم بالحضور تنعدم فيه تماماً شبهة الحق ، كان لنا بعد ذلك أن نحدد اللحظة الزمنية التى ينشأ فيها هذا الالتزام على عاتق المتهم والتصرف الذى يرتبه ، ثم نتعرض لصور الإخلال بهذا الالتزام ثم من بعد للجزاء الذى ينبغى أن يوقع على المتهم الذى أخل بتنفيذه .

وقد تكرر فى أكثر من موضع أن هذا الالتزام لا ينشأ ما لم يتصل علم المتهم

---

(١) انظر : VITU : Article, op. cit, 1967, p. 813

(٢) قارن : ROUGIER, op. cit, p. 40 ويرى أن الدليل على ذلك أن الحضور التمثيلى لا يجوز الا اذا صرح المشرع بذلك .

بالإدعاء الجنائى الذى حمل ضده الى قضاء الحكم وذلك بتكليفه تكليفاً قانونيا صحيحا[1] مستكملا بدقة كافة المعلومات المؤدية بالفعل الى ايصال هذا الادعاء الى علمه ، ومتخذاً فى ظروف تقطع « بذاتها » على سلامة هذا الايصال وهذا ما لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان الاعلان قد تم لشخصه أو علم به يقينا .

فإذا لم يتصل علمه بالإدعاء الجنائى هذا النحو ، فإن التزاماً ما لايكون قد نشأ على عاتقه وبالتالى فان الحكم الصادر ضده يكون غيابياً بكل ما يترتب على ذكل من آثار ، وهو الوضع القانونى لغائب الجهل ونفس الوضع إذا اتصل علمه بالادعاء على النحو الصحيح لكن عذراً خارجاً عن إرادته حال بينه وبين الوفاء بالتزامه بالحضور . مثل هذا الغائب لا يمكن نسبة الخطأ اليه وبالتالى فان الحكم الصادر ضده يكون غيابيا بكل ما يترتب على الحكم الغيابى من آثار وهذا هو الوضع القانونى لغائب العذر[2]

أما المتهم الذى لا يمثل فعلا أمام القضاء برغم اتصال علمه بالإدعاء على هذا النحو وانتفاء العذر فهو غائب العمد الذى أخل بالتزام قانونى نشأ على عاتقه بالحضور ، ومثله لا ينبغى أن يمر خطؤه دون جزاء[3] .

---

(١) وهو شكل ضرورى لا يغنى عنه انذار المتهم : انظر :

HELIE : Pratique criminelle, p. 213 et 212 , VITU : Précle, op. cit, p. 402

GARRAUD : Traité, op. cit, p. 18 et 21

وقد قضت محكم النقض الفرنسية بأن غياب إعلان المتهم يمنع المحكمة من اصدار الحكم ولو كان بالبراءة

Cass 5 Mai 1900. D 1900 .1. 344

29 déc, 1904, S. 1906. 1. 250.

وفى الاتجاه : نقض ١٩٤٦/١١/١٨ س ٢٧ الملحق الجنائى ق ١٧٢ ص ١٣٩

(٢) يجمع الفقه فى مصر على جواز اتصال علم المحكمة بالعذر بأى طريق فلا يلزم فيه الحضور الشخصى للمتهم أو وكيله .

(٣) استبعدنا من السياق حالة حضور المتهم مع امتناعه عن الاشتراك فى المرافعات ــ غياب الحاضر ــ على أساس أن صمت المتهم ليس سوى وسيلة من وسائل الدفاع .

ذلك هو التفريد الصحيح لفئات الغائبين وهو فى حد ذاته الأساس الوحيد الذى يكفل سلامة الأحكام بصددهم .

والواقع أن المشرع الفرنسى كان أكثر ادراكا لطبيعة هذا الالتزام — التزام المتهم بالحضور — فتعلقت أحكامه فى الحضور الاعتبارى على اتصال المتهم بالأدعاء الجنائى بطريقة ثابتة تسمح بتقدير الخطأ فى جانبه ، فاشترط أن يكون الاعلان قد تم لشخصه أو علم به يقينا[1] . أما المشرع المصرى فقد تعلقت أحكامه بتوافر العلم القانونى — المواد ٢٣٨ ، ٢٤٠ من ق.أ.ج.م — وألزم القاضى — أو رخص له — بناء على مثل هذا الاعلان بأن يصدر الحكم حضورياً اعتبارًا مع أن العلم القانونى قد لا يتلاقى مع العلم الفعلى للمتهم — وهو أمر لا يجوز استغلاله فى الأحكام القضائية واستخلاص الخطأ منه وتوقيع الجزاء بناء عليه الأمر الذى دفع بالمشرع المصرى نفسه — إحساساً بهذه المخاوف — إلى إجازة المعارضة بشروط خاصة فى الحكم الحضورى الاعتبارى وهو فى حد ذاته أمر غريب .

معنى هذا ، أنه ينبغى التدقيق فى اختيار اللحظة التى ينشأ فيها — وتحديد التصرف الذى يترتب بمقتضاه — على عاتق المتهم الالتزام بالحضور بطريقة واقعية ، تسمح بالقطع باتصال الاعلان بعلمه كما تسمح بالقول بتوافر الخطأ فى جانبه ومن ثم الجزاء ، فأما أن يحضر المتهم فيكون الحكم حضورياً ، وإما أن يتغيب عن الحضور فيكون عرضة للجزاء .

ومع ذلك فقد أضاف المشرع الفرنسى فكرة « الرغبة المقبولة للمتهم »

---

(١) راجع ما سبق بند ١٨ . ويلاحظ أننا استبعدنا من السياق كذلك الحالة الواردة فى المادة ٤١٦ ق.أ.ج فرنسى ، والتى تقضى بأنه : اذا لم يتمكن المتهم بسبب حالته الصحية من الحضور بشخصه أمام القضاء ولم ترغب المحكم فى تأجيل الحكم ، فان لها أن تأمر بحكم خاص بسماع المتهم فى موطنه أو محل القبض فى حضور محاميه وبواسطة قاض تندبه لهذا الغرض وبحضور قلم الكتاب ، وتعاد المحاكمة بناء على تكليف جديد ويستطيع المتهم أن يرسل عنه من يمثله أيا كانت العقوبة المستحقه ... استبعدنا هذه الحالة على أساس أن الحكم فيها حضورى بيقين — لا حضورى اعتبارى — وانها بالأكثر استثناء على قواعد الحضور ذاتها .

والمنصوص عليها فى المادة ٤١١ ق.أ.ج فرنسى ، وهى الحالة التى يطلب فيها المتهم القضاء فى غيبته ولا ترى المحكمة أهمية لحضوره ، وبرغم أن المشرع الفرنسى سوى هنا بين حضور المتهم بشخصه وبين رغبته المقبولة فى الغياب إلا أن هذه الحالة محدودة الخطر على سلامة الحكم القضائى ، فهى مقصورة أولا على الحالات التى يجوز فيها للمتهم الحضور التمثيلى ، ومتوقفة ثانية على إذن القاضى[1] وتجد تفسيراً ثالثاً فى أن مثل هذه الرغبة لا تحترم إلا بناء على تقدير مزدوج : تقدير المتهم الذى هو مدرك لمضمون التهمة وحدودها واعتماد القاضى لهذا التقدير والذى قوامه أن ما لدى المتهم من دفاع سوف لا يضيف جديداً إلى الحقيقة المحمولة أمام القاضى بحيث يمكن اعتباره كالمتهم الذى حضر والتزم الصمت .

أما المشرع المصرى فقد سوى بين فكرة الغياب العمدى المستأهل للجزاء وبين فكرة أخرى جديدة ، وغريبة عن هذا المجال وهى « منع تضارب الأحكام وإطالة الاجراءات » والمنصوص عليها بالمادى ٢٤٠ ق.أ.ج المصرى وأقل ما يقال فيها أن غائب الجهل أو العذر لم يرتكب خطأ يمكن أن يتحمل بسبب جزاء صدور الحكم عليه حضوريا .

نخلص من هذا كله وعلى أساس منه بأن المتهم لا يلتزم بالحضور قانونا أمام قضاء الحكم إلا إذا كلف تكليفا صحيحا بالحضور لشخصه أو ثبت علمه فعلا بهذا الكليف . فاذا لم يمثل أمام المحكمة فى اليوم المحدد بورقة التكليف بالحضور — برغم علمه على النحو السابق وانتفاء العذر — فانه يكون قد أخل عمدا بالتزام قانونى قد نشأ صحيحا على عاتقه بالحضور . هذا الاخلال يشكل خطأ يستوجب جزاء ينبغى توقيعه على المتهم .

وقد تفاوت هذ الجزاء — بفعل التاريخ وتأثير المدنيين — فى مواد الجنايات عنه

---

(١) انظر : VITU. Article, La reglementation, 1, 1959, op. cit.

فى مواد الجنح والمخالفات ، كما سبق . فانصب فى مواد الجنايات بنظرة صحيحة للأمور على المتهم فى ذاته بوضعه « خارج حماية القانون » سواء قبل صدور الحكم كما فى فرنسا أو بعد صدوره كما فى مصر ضغطا على المتهم لكى يمثل بشخصه دون ما خطر على الحكم الذى لا تستجمع حيويته القانوينة إلا بحضور المتهم وصدور الحكم من جديد فى الأوضاع الطبيعية . أما فى مواد الجنح والمخالفات فقد انصب — على نحو ما يجرى فى القضاء المدنى — على الحكم والمتهم معا . وذلك بصدور الحكم حضوريا اعتباراً بما يتضمنه هذا الجزاء من خطر إنزلاق القاضى فى الخطأ وبالتالى من خطر على سلامة الحكم ذاته من الاخطاء القضائية . وسوف نرى أن هذا الخطر قائم حتى لو طالبنا القاضى أن يحقق الدعوى كما لو كان الخصم حاضرا .

لا نقصد أن يمر خطأ من تعمد الغياب فى مواد الجنح والمخالفات دون جزاء ، إنما نقصد أن يتوجه الجزاء ألى المتهم واليه وحده لا اليه وإلى الحكم معا ، لأن علينا — وعلى الفقه أن يؤازر — إستغلال هذا الجزاء لخدمة الحكم القضائى بحمل المتهم على الحضور أمام قضاء الحكم ،ليتمكن هذا الأخير من إقامة الحكم بدءا من أساسية : الاتهام والدفاع ، وليس هذا الجزاء سوى وضع مثل هذا المتهم هو الآخر خارج حماية القانون .

وبعد ، فلعل ذلك هو ما يتفق مع طبيعة الحكم الجنائى ومتطلبات النأى به عن مسببات الخطأ فيه أو حتى عن أخطارها ، ثم لعله الوسيلة الفعالة لحمل المتهمين — فى مواد الجنح والمخالفات ، كما فى مواد الجنايات — على احترام قواعد الحضور الجنائى ، ولنا من بعد ذلك — من بعده فقط — أن ننتظر من القاضى الجنائى أن يعلن الحقيقة فى الإدعاء المحمول إليه .

(٢٣) ويتسم الحكم الغيابى من جهة أخرى ، بصدوره دون سماع دفاع المتهم ، ففى مواد الجنايات — سواء فى مصر أو فى فرنسا — لا يتعامل قضاء الحكم إلا مع جانب الاتهام : فاذا تغيب المتهم عن الحضور يقرأ بالجلسة أمر
١

احالته الى المحكمة والأوراق المثبتة لإعلانه[1] ، ثم تتقدم النيابة العامة — والمدعى المدنى إن وجد — بأقوالها وطلباتها مدعمة بما حشدته من حجج وبراهين وبمن استندت الى أقوالهم من شهود أجيز للمحكمة — فى القانون المصرى فقط — سماعهم إذا رأت ضرورة لذلك ، دون أن يكون مصرحا للمتهم بحال أن يحضر عنه من ينوب أو يدافع دفاعا كاملا أو قاصرا على اثارة دفع قانونى فرعى أو أكثر من شأنه أن يوقف المحاكمة ، كبطلان الاجراءات أو التقادم أو العفو[2] .

أما فى مواد الجنح والمخالفات فان الحكم قد يصدر — فى حالة عدم مثول المتهم ماديا بشخصه — أما غيابيا وإما حضوريا إعتباريا .

فاذا كان غيابيا صدر بعد الاطلاع على الأوراق — م ٢٣٨ ق.أ.ج. مصرى بينما على المحكمة أن تحقق الدعوى كما لو كان الخصم حاضرا فى حالة الحكم الحضورى الاعتبارى — م ٢٤٠ ق.أ.ج.مصرى[3] .

ومفهوم فى تلك الحدود بأنه طالما كان الحضور الشخصى مطلوباً فلا يقبل حضور من ينوب أو يدافع عن المتهم الغائب فى موضوع التهمة[4] .

وسواء أكان التصور التشريعى لمنوال إصدار الحكم — فى حالة عدم مثول

(١) يضاف الى هذا الاعلان فى فرنسا المحاضر المثبتة لاجراءات النشر والعلانية

(٢) م ٣٨٨ ق.أ.ج فرنسى . وفضلا عن ذلك تجرى المحاكمة — فى فرنسا — دون مساهمة المحلفين — كما أن الحكم يصدر بمقتضى الاوراق دون سماع للشهود (م ٦٣٣ ق.أ.ح)

(٣) لا يختلف المنوال النظرى لاصدار الحكم فى فرنسا سواء تعلق الأمر بحكم حضورى أو غيابى أو حضورى اعتبارى

(٤) ومع ذلك انظر فى الخلاف حول جواز التوكيل للدفع بعدم الاختصاص أو للدفوع الفرعية فى مصر وفرنسا : المرصفاوى ، ضمانات المحاكمة ص ١٣٢

المتهم ماديا أمام قضاء الحكم « بعد الاطلاع على الأوراق — أو كما لو كان الخصم حاضرا — فان الفارق بين التعبيرين ينتهى فى الواقع العملى الى لا شيء لغياب حامل الحقيقة، لكن هذا القول يحتاج الى تفصيل نقول فيه : أن على المحاكم ، وفقا لمبادىء القانون الطبيعى ، أن لا تنطق إلا بما تراه عادلا ومؤسسا فى الإدعاءات التى اختصت بالفعل فيها سواء فى حضور المتهم أو فى غيابه[1] . هذا المبدأ فى بساطته وبداهة المنطق فيه يعلو على التقنين ، إذ يمتزج مضمونه بالمهمة المناط بالمحاكم القضائية الوفاء بها وهى فى حضور المتهم أو فى غيابه إعلان الحقيقة فى الادعاء المعروض .

وعلى هذا الاساس فان غياب المتهم لا يسلط من مهمة المحكمة ، بحيث تصبح مجرد تدوين لطلبات النيابة العامة أو المدعى المدنى أن وجد[2] ، إنما هذا الغياب يعقد على العكس من هذه المهمة ، إذ عليها برغمه أن تمارسه وظيفتها فى التنقيب عن الحقيقة والسعى اليها[3] ، حتى ولو أجاز لها المشرع القضاء بعد الإطلاع على الأوراق[1] .

---

(١) انظر : Garraud, Traité op. cit, p. 27 et 28
- Helie, Traité, op. cit, p. 396 et 397

(٢) انظر : Helie, op. cit.

(٣) فللمحكمة بل وعليها أن تتحرى قانونية الاجراءات المتخذة ضد الغائب ، ولها من تلقاء نفسها أن تعلن بطلانها إذا تعلق هذا البطلان بالنظام العام Cass 23 janv, 1875 B. N. 29 وعلى وجه الخصوص الاجراءات المثبتة لإعلانه . نقض ١٩٦٧/٢/٢٦ أحكام النقض س ١٨ ق ١٧٤ ص ٨٦٦ . وعليها فى الموضوع أن تتخذ ما تراه لازما من تحقيقات فى سبيل بلوغ الحقيقة كالمعاينة وسماع الشهود ولذلك فان المحكمة قد تنتهى لتبرئة المتهم الغائب :
Cass. 1er. déc. 1842; B.N. 313-Cass. 21 1871, B. No. 120
كما قد تأخذ فى حالة الإدانة بالظروف المخففة :
Cass. 1er déc, 1842
أو بايقاف التنفيذ Cass. 270 ct. 1905. D. 190. 7. 1. 158 op. cit.

(٤) كما فعل المشرع المصرى فى المادة ١/٣٣٧ فمعنى هذه الأباحة أن للمحكمة أن تقتصر فى تفتيشها عن الحقيقة على الأوراق ، مادامت الأوراق قادرة على افراز الحقيقة وإلا فعليها أن تتوجه الى خارج الأوراق ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية (نقض ١٩٣٦/٥/١٨ المجموعة الرسمية ص ٣٧ ق ١٧٢ ص=

لكنه برغم الوضوح النظرى لهذا المبدأ وما يدعمه من أن غياب المتهم — ولو كان عمديا — ليس مبررا لإدانته . لأن الجريمة التى تغيب عن الحضور للدفاع عن نفسه فيها — لا الغياب نفسه — هى الحقيقة التى ينبغى أن يعبر عنها الحكم برغم ذلك فان هذا المبدأ يعوقه عن النشاط بدوره عائق صلب هو غياب حامل الحقيقة ، وهو المتهم . إذ أنه وحده الذى يعلم يقينا بتعلق الإدعاء الجنائى المنسوب اليه به — ومداه — أو انتفاء هذا التعلق على الاطلاق .

ذلك أن الادعاء الجنائى المنسوب إلى المتهم الغائب ، يحمل إلى قضاء الحكم نظرا لما تقدره سلطة التحقيق — سواء بناء على تحقيقها الذاتى أم إكتفاء بمحاضر الاستدلالات — من « رجحان » تعلق الادعاء الجنائى بالمتهم على انتفاء هذا التعلق ، أى أنها تضارب على الحقيقة بما تجمع لديها من أدلة أقامت لديها الاعتقاد بأن الأدعاء الجنائى على النحو الذى تحدد أمام قضاء الحكم ينتسب الى ذلك المتهم[1] . ويستقبل القاضى هذا الادعاء بصفحة فكر خالية — وإلا فسدت ولايته فى نظر الادعاء — لتتشكل عقيدته على صوء ما يتم أمامه وتحت قيادته من تحقيق نهائى حيث تتسطر هذه العقيدة فى النهاية فى شكل حكم قضائى يعلن الحقيقة القضائية فى الادعاء المنسوب . نستطرد لنؤكد بأن الحقيقة محمولة فى صدر المتهم وحده تضارب عليها سلطة التحقيق ويعمل على إكتشافها قضاء الحكم .

= ٥٥٥) بأن محكمة أول درجة بقضائها فى الدعوى بناء على لى ما دفى أوراقها فى حالة غياب المتهم لم تعمل إلا ما هو من حقها وهو الاكتفاء بمراجعة الأوراق دون تحقيق جديد بمعرفتها ... وهو منطق لا يمكن قبوله الا اذا كان الحكم تهديديا محضا . هذا المبدأ لا يقبل — فيما يبدو لنا — استثناء .. ومع ذلك يرى Helie, op. cit. أن للمشرع أن يحده باجازة العكس . وهو ما لا يكون — فى رأينا — إلا فى الحالات التى يعتبر فيها الحكم تهديديا . وإلا تشوهت مهمة العدل وأصبح الحكم القضائى معبرا عن حقيقة مختلفة تماما عن الحقيقة المقصودة .

(١) فى المعنى : Rougier, op. cit. p. 299 ويضيف : بأن غياب المتهم إذا كان ضاربا حتى مرحلة التحقيق فان النيابة العامة تقنع عادة بقدر أقل من الأدلة ، بل وعلى مجرد « تقريرات الشرطة » ، انظر : الصيفى ، المرجع السابق ، ص ١٥٩

فاذا ما جرت المحاكمة فى غيبة المتهم — وجريانها كذلك ضرورة لانتظام العدل ذاته — فانما تجرى مفتقرة الى «ضمانة أساسية» من ضمانات المحاكمة الجنائية من شأنها أن توفر معرفة كافية بالدعوى وهى حضور حامل الحقيقة[١]. اذ يحدث أن ينفرد الاتهام بعقيدة القاضى بكل ما حشده من أدلة أقنعته ابتداء باقامة الادعاء الجنائى ، وبكل ما له من تأثير دائم على تلك العقيدة من ناحية[٢] . ومن ناحية أخرى فانه غالبا فى غياب المتهم يتمتع الشهود « بثقة أكبر » تزيل من ترددهم وتميل بهم نحو التأكيد ، ليستخلصوا — أو يعملوا على استخلاص — ما لم يكن فى استطاعتهم استخلاصه فى حضور المتهم[٣] ، ذلك كله دون أن يتمكن المتهم — لغيابه — من مراقبة التحقيق وسماع الشهود وغيره من المتهمين ومناقشتهم والتمسك بأوجه دفاعه والدفع بما قد يكون لديه من موانع مسئولية أو عقاب[٤] .

ومن هنا كان مبدأ مباشرة الاجراءات فى حضور الخصوم حيث يتمكن القاضى من بناء عقيدته بمعاونة الأساسين اللذين يتشكل عليهما تقديره ويقوم عليهما اقتناعه : الاتهام والدفاع حيث يستطيع معهما أن يبحث عن الحقيقة فى مكمنها والا فسوف لا تعطى عقيدته الا من جنس ما أخذت[٥] بكل ما فى ذلك من

---

(١) قارب : endré Richard ويقرر أن المواجهة التى تجرى بين الاتهام والدفاع هى الضمانة الأولى للعدالة الصحيحة كما ان الحكم الذى يصدر فى غيبة المتهم انما يصدر فى ظروف مؤسفة Les pieges de l'opposition en matière repressive, Gaz, Pal. 11. 1956. p. 51.

(٢) ، (٣) انظر : Rougier, op. cit., p. 2 et 199 et 259

(٤) انظر : محمود مصطفى ص ٣٩٢

(٥) انظر : Picot, op. cit., 843 ويقرر أن المحاكم تطبق عادة فى حالة غياب المتهم اقصى العقوبة بقصد ارغام المتهم على الحضور، صحيح أن ثمة قضاة يحاولون مقاومة هذا العرف السيء ، لكن ما حيلتهم امام الاتهام المدعم بشهود الاثبات والذى لا يقابله سوى دفاع صامت ، ان التوازن لا يمكن أن يتحقق ومع ذلك فلا شيء يمنع من صدور الحكم بالبراءة فى حالة الغياب سواء فى فرنسا أو فى مصر وهو ما يحدث عادة عندما تكون البراءة ظاهرة من الأوراق .

خطر قوى على صدور الحكم خاطئا .

وجدير بالذكر أن هذا الخطأ المفترض وقوعه فى الحكم لغياب عنصر الدفاع ليس بلازم أن يتخذ حتما شكل الادانة بل متصور — على الأقل من الناحية النظرية — أن يتخذ شكل البراءة سواء أكنا بصدد جناية أو جنحة أو مخالفة ، غاية الأمر أن هذا الشكل الأخير يحكم طبيعة الأمور — واستئثار الاتهام من الناحية الواقعية بعقيدة القاضى — نادر الوقوع عملا[١] ، ثم أنه ان وقع فلا يجوز — فى التشريع المصرى والفرنسى — التعلل بالغيبة فى سبيل اصلاحه[٢] لكن ذلك على أى حال هو إنعكاس للاتجاه الذى يكاد أن يكون عاما فى مادة الخطأ القضائى ، والذى يقصر الاعتداد بالخطأ على الحالة التى يسبب فيها ضررا للمتهم لا للمجتمع .

وعلى أساس من ذلك كله نؤكد ، أن غياب المتهم يعد « مسببا » قويا وشاملا للخطأ القضائى فى الحكم الغيابى : قويا الى الحد الذى نستطيع معه أن

---

(١) بالنسبة للجنايات :

Bouzat, Tratié op. cit., p. 1327
Garraud, Précis, op. cit., p. 914, Note 1.

وانظر : Frejaville, op., cit, p. 271 بالنسبة للجنح والمخالفات

(٢) بالنسبة للجنايات انظر :

Frejaville, op. cit, p. 270
Garraud, Précis, op. cit., p. 914

بالنسبة للجنح والمخالفات انظ

Vitu, Traité, op. cit, p. 1184
Bouzat, Traité , op. cit. p. 1404

ويؤسسان ذلك على انعدام المصلحة ، والواقع أن المصلحة موجودة بالنسبة للنيابة ، انظر عرضنا لفكرة المصلحة فى النقض ، بند ٨٢

نفترضه ، وشاملا لأنه صالح لأن يحقق ذلك الخطأ فى أى من جوانب الحكم ، الأمر الذى يسمح بالقول بأن ثمة « قرينة قانية » على أن غياب المتهم يمنع القاضى من التقدير الصحيح للوقائع أضرارا بالمتهم أو بالمجتمع(١) ، أى يقيم القرينة على خطأ للحكم .

ولا نحسب أن فى هذا اجتراء على الفكر المستقر فى الفقه المصرى والفرنسى ، لأننا نرى فيه على العكس استخلاصا لهذا الفكر وتتمة . فاذا كان الفقه لم يعبر صراحة عن فكرة الخطأ المفترض فى الحكم القضائى بسبب الغيبة فلأن توجهه الأساسى فى معالجة الموضوع كان أبدا الى « المعارضة » دون مواجهة « لفكرة » الغياب فى ذاتها مجردة عن المعارضة كوسيلة لاصلاح الأخطاء الناجمة عنها . ومع هذا فان هذا الفقه مسلم فيه بأن غياب المتهم هو غياب لأحد الجانبين الأساسيين فى الحكم من شأنه أن يؤدى الى عدالة قاصرة تؤثر على الحكم فى قصوره عن بلوغ الحقيقة — المادية لا الشكلية — بذات القدر الذى تعرض له الاقتناع بالقصور ، وعلى هذا لم ينازع أحد فى مبدأ أن « لا ادانة لشخص دون سماع أقواله »(٢) . أو بتعبير أصرح لا ادانه لشخص بناء على أقوال

(١) قارب : Rougier op. cit., p. 275 ثم انظر Picot, op. cit., p. 844» انه كان هذا الغياب ضاربا حتى مرحلة التحقيق فان العنصرين الجوهريين لكل حقيق جدى يتغيبان مع غياب المتهم وهما المواجهة مع شهود الاثبات والحضور الفعال contradiction ودون هاتين الضمانتين فان التحقيق لا يكون غالبا الا نصبا un echafaudage قابلا للانهيار لدى المرافعات ، فافضل تحقيق قضائى يكون مهددا بالتخريب ساعة حضور المتهم — الذى تغيب طوال مرحلة التحقيق — ليناقش لأول مرة طلبات النيابة العامة فى الجلسة ، هذه النتيجة لا يمكن أن تدهش احدا ممن تعود التحقيق الجنائى . ثم يضيف p. 845 أن المحكوم عليه — حين يعارض — يجد نفسه أمام ادلة ناقصة en face de preuves incomplètes دون أن يكون للنيابة العامة الحق فى التماس اجراء تحقيق اضافى ودون أن يكون فى وسع المحكمة الأمر به اثناء المرافعات ، وهو ما يمكن أن يؤدى الى نتائج مؤسفة .

(٢) يكاد اعتراف الفقه المصرى والفرنسى بهذا المبدأ ان يصل الى الاجماع الصريح . انظر على الأخص فى المبدأ وفى رده الى القانون الرومانى :

Rougier p. 3 et s

= Garraud, Traité, op. cit., T. 5. p. 93

خصمه لأن تقدير القاضى سوف يكون سيئا وفى بعض الأحيان ضرب من التنجيم[1] ناهيك عن عجز القاضى عن الوفاء — فى غيبة المتهم — بمقتضيات تشديد العقوبة .

منوال إصدار الحكم فى غيبة المتهم يقودنا إذا الى تقرير قرينة الخطأ فى جانب الحكم ، لأنه لا أدانة لشخص دون سماع أقوله . ولهذا السبب نفسه فان الحكم الجنائى لا يجوز — سواء تعلق الأمر بجناية أو بمخالفة — ان يصبح نهائيا — بالنسبة للقضاء الذى أصدره — الا بسماع دفاع الغائب . وقد تتبعنا فيما سبق الشكل الذى اتخذه تطبيق هذا المبدأ فى المواد الجنائية والتنازل الذى أصابه من جراء ما سمى بالحضور الاعتبارى تلك هى الدعامة الأولى التى نستخلص على أساسها فكرة الخطأ المفترض .

(٢٤) وإذا كانت منطقية افتراض الخطأ فى الحكم الغيابى من منوالى إصداره بدت فيما سبق واضحة فإن قيود تصحيح ذلك الحكم لا تقل وضوحاً فى تدعيم

=

Vivet, op. cit, p. 3 et 4

Bouzat, Traité op. cit, p. 1398
Vitu, Traité, op. cit, p. 1180
De - Vabre, Traité, op. cit, p. 836
Wateau, op. cit, p. 1
Picot, op. cit. p. 840
Jacques GOULESQUE : Les effets de l'opposition avant son jugement, Rev. Sc. Crim. 1969. 11. p. 750

وانظر : المرصفاوى ص ٨٩١ — رؤوف عبيد ص ٦٧٥ — محمود مصطفى ص ٥٢٣ — فتحى سرور ٧٩٠

(١) قارب :

Rougier, op. cit., p. 2
MARCEL MARTIN, Procéde de réctification des effeurs dans les décisions judiciaire., Thèse NANCY, 1940, p. 28

لكنه ينبغى ابتداء أن نلاحظ بأن الحكم الغيابى لا يتحقق قانوناً علم المحكوم عليه به إلا باعلانه[1] من جانب النيابة العامة إعلاناً صحيحاً[2] . ومع ذلك فلا شيء يمنع فى القانون من إمكانية تحقق هذا العلم للمحكوم عليه قبل أن يتم أى اعلان ، لكن هذا العلم لا يحتسب عليه قانوناً الا من تاريخ الاعلان الذى تشدد المشرع المصرى — لحسن الحظ — فى شروط ترتيبه لآثاره . فلم يعتد إلا بالإعلان الذى يتخذ فى ظروف تقطع « بذاتها » بتحقق العلم للمحكوم عليه ، وهذا ما لا يكون فى القانون المصرى إلا بتمام الاعلان لشخصة[3] . أما إذا تم الاعلان فى موطنه أو فى جهة الادارة « فلا تسرى آثاره فى حق المحكوم عليه إلا إذا

(١) انظر : Levasseur p. 688

FREJAVILLE, p. 284
ANDRE RICHARD, Article op, cit
GARRAUD, T. 5, p. 47
HELLIE, Traité , op cit, T. 6. p. 710
VITU, T. p. 1182

فى المعنى : محمود مصطفى ص ٥٣٨ — رؤوف عبيد ص ٦٨٨

(٢) انظر نقض ٩٦٠/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض ص ٥ ق ١٦٩ ص ٨٧١ وقررت أن بطلان الاعلان يستتبعه عدم علم الطاعن بالحكم « ويتم الاعلان من جانب النيابة » ويصح اذا ارتبطت بالدعوى الجنائية دعوى أخرى مدنية اعلانه من جانب المدعى . انظر RICHARD, Article, op, cit. — محمود مصطفى ص ٥٣٧ = نقض ١٩٣١/٥/٧ المحاماة س ١٢ ق ١٥١ ص ٢٨٢ . ومع ذلك يرى د.المرصفاوى — بحق — انه حتى فى هذه الحالة الأخيرة يجب أن يكون اعلان الحكم من جانب النيابة ، بوصفها وحدها القائمة على تنفيذ الأحكام واستند الى المادة ١/٤٦١ ق.أ.ج. انظر فى هذه المشكلة بتفصيل أو فى ص ٩٠١ وما بعدها

(٣) المرصفاوى ص ٩٠٠ — محمود مصطفى ص ٥٣٨

علم به فعلا ومن تاريخ تحقق هذا العلم »[١] ــ م ٣٩٨ / ٢ ق.أ.ج .

وتثور بتلك المناسبة مشكلة طريقة ، هى خطأ المحضر فى شخص المعلن اليه ، هذا الخطأ الذى يجد مصدره فى التباس الأسماء أو اشتباهها أو من مجرد خطأ خالص من المحضر ويؤدى الى إعلان الحكم الغيابى لغير المحكوم عليه . وقد تصدت محكمة النقض الفرنسية لهذه المشكلة وقررت أن هذا الاعلان يضع على عاتق المعلن خطأ بالحكم النتائج القانونية للادانة الصادرة وتعتبر المعارضة فى الميعاد القانونى هى طريق الطعن الوحيد لمناقشتها[٢] . ولا شك أن ما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية غير صحيح فى القانون إذ أن الحق فى المعارضة ممنوح فى القانون للمحكوم عليه ، وهو ــ وكما سوف نعرفه ــ من خصصه الحكم لتحمل العقوبة أو التدبير الوارد فيه ، ولذلك لا يعتبر المعلن خطأ بحال ما محكوما عليه ، وإلا أعطت محكمة النقض للاعلان مفهوما سحرياً حيث يرتب نتائج لم يرتبها الحكم ذاته . ويبقى أن نتساءل مع البعض عن الحل الذى تتصوره محكمة النقض إذا لم يعارض هذا الذى أعلن خطأ وصار الحكم نهائيا ، هل تصبح الادانة ضد هذا الأخير الغريب عن الواقعة ؟ أم ضد المحكوم عليه الحقيقى الذى لم يعلن ، ومن ثم لم يعارض ؟[٣] . لا شك أن فى هذا الحل تجاوزاً واضحا

---

(١) نقض ١٩٣٨/١٢/٢٢ مجموعة عمر جـ ٤ مجموعة عمر جـ ق ٣٠٧ ص ٣٩٩ – نقض ١٩٥٢/٣/١٣ أحكام النقض س ٧ ق ٢٢٢ ص ٩٩٩ – نقض ٧١/١/١ أحكام النقض س ٢٢ ق ١٤٥ ص ٦٠٥ .

والرأى فى فرنسا أن العلم يتحقق بالاعلان لشخص المحكوم عليه وإلا فمن يوم علمه الفعلى بالإعلان الخاص فى موطنه أو جهة الادارة سواء بعمل تنفيذى (القبض مثلا) أو بإحدى الاجراءات المشار إليها فى المواد ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٦٠ ق.أ.ج .

ويلاحظ أن منطق المشرع الفرنسى بالنسبة للاعلان – ورقة التكليف أو الحكم – واحد ، أما المشرع المصرى فقد افترض العلم بالنسبة للاعلان الحاصل فى موطن المتهم إذا تعلق الأمر بورقة تكليف بالحضور ، ونفى الافتراض فى حالة الحكم الغيابى . قارن المادة ٢٣٤ج مع المادة ٢/٣٩٨ ق.أ.ج المصرى .

(٢) أنظر : Cass. Crim. 13 Juin 1872. P. 205.

(٣) انظر : Rougier, op. cit, p. 204 et 205
ويرى فى ذلك تحميل المعنى خطأ ــ بالظلم ــ خطأ معاونى القاضى .

للوظيفة القانونية لاعلان الحكم والتى تنحصر فى إيصال العلم به للمحكوم عليه ، لا إلى صلاحية « خلق » محكوم عليه جديد . وبعد فان أى إعلان لا يتم للمحكوم عليه الحقيقى ليس فى القانون ما يسمح بترتيب أى أثر قانونى عليه[١] .

نعود إلى قيود تصحيح الحكم الغيابى ، وعلاقتها بالخطأ المفترض فنقول : انه إذا علقت الإدانة بجناية ، فان تصحيحها يفلت من كل شكلية ولا يخضع فى القانون لقيد ما ، ولا حتى على إرادة المحكوم عليه ، إذ يتوقف تماماً على محض « واقعة مادية » هى حضور المحكوم عليه على المعنى الذى سنحدده ، إراديا أو جبريا . هذا الحضور يسقط وحده حكم الإدانة الصادر غيابيا فورا وبقوة القانون لتستقيم المحاكمة من جديد فى الأوضاع الطبيعية[٢] . وإفلات تصحيح

(١)وهو المعنى الذى قضت به النقض المصرية ١٩٥٤/٢/٩ فى أحكام النقض س ١٠ ق ٤٠ ص ١٨١

(٢) انظر :

LEVASSEUR , op. cit, p. 690
VITU, Traité , op. cit. p. 1187
Garraud, Précis, op. cit, p. 918 - 919

ـــ المرصفاوى ص ٧٤٣ وما بعدها ـــ محمود مصطفى ص ٤١٣ ، ويلاحظ انه يشترط أن تتحقق تلك الواقعة المادية « حضور المحكوم عليه » قبل انقضاء مدة تقادم العقوبة الصادرة فاذا لم يتحقق فى النطاق الزمنى المذكور ، لفواته دون تحققها ، أو لموت المحكوم عليه قبل تحققه يصبح حكم الادانة نهائيا :

انظر :

MARTIN, op. cit., p. 32 et 33
FAREJAVILLE, op. cit. p. 211
VITU. Traité, op. cit. p. 1187
GARRAUD, Précis, op. cit. p. 717

وانظر م ٣١٤ ق.أ.ج مصرى وتقرير لجنة الشيوخ ـــ المرصفاوى ، الموضع السابق محمود مصطفى ص ٤١٢ ، ـــ وان كان يرى أن الحكم الغيابى ذاته يسقط بمقتضى المدة المسقطة للعقوبة على خلاف صريح نص المادة ٣٩٤ ـــ رؤوف عبيد ص ٥٧٠

الادانة الصادر غيابياً فى مادة جناية من كل قيد على هذا النحو يستحيل فهمه إلا إذا قدرنا بأن ثمة تسليما تشريعيا بخطأ الإدانة ، تسليما مسبقا لاتقدير من بعده وهو بالضبط التسجيل الدقيق لفكرة الخطأ المفترض فى الحكم بسبب الغيبة .

وقد كان المنطق يقضى بامتداد هذا « التسليم التشريعى » إلى الادانة الصادرة فى مواد الجنح والمخالفات مادامت « العلة » قد توافرت فيها وهى الغيبة . لكنه انسياقاً وراء الأسباب التاريخية التى أدت الى انسلاخ فكرة الغيبة فى مواد الجنح والمخالفات عن الفكرة الأم فى مواد الجنايات خضع تصحيح الادانة الغيابية فى مواد الجنح والمخالفات الى قيود ثلاثة — شخصية وزمنية وشكلية — يقود تأصيلها النهائى الى القول بأن المشرع قد تنازل عن « التسليم المسبق » بفكرة الخطأ المفترض ، وجعل الأمر فى شأنه « تقديريا للمحكوم عليه » .

فيخضع هذا التصحيح أولا لقيد شخـصى :

فلأن الخطأ المفترض فى الحكم الغيابى إنما ينبع أساسا من غياب جانب من جانبيه الأساسيين وهو الدفاع ، فان المطالبة بإصلاحه لا تكون مقبولة الا من المحكوم عليه باعتباره من غاب . أما النيابة العامة فهى لا تغيب ولا يغيب بالتالى ادعاؤها بل أن افتراض الخطأ إنما يأتى من استقامة الحكم بدءا وأساسا عليه .

والمحكوم عليه هو من خصصه الحكم القضائى لتحمل العقوبة أو التدبير الوارد فيه ، ويتضمن كل حكم قضائى بالإدانة توكيدين : أولهما وقوع الجريمة ونسبتها الى المحكوم عليه ، وثانيهما أن هذا الأخير يحمل وفقا لحالته المدنية الاسم الوارد فى الحكم[1] .

(١) وقد يحدث أن يصدر الحكم القضائى مشوبا بخطأ فى تحديد المحكوم عليه ، هذا الخطأ يجد مصدره فى خطأ التوكيد القضائى الثانى ، وصورته أن يصدر الحكم ضد متهم معين على أن اسمه زيد مع أنه يحمل اسم بكر لا زيد ، فى هذه الحالة يتمخض الحكم القضائى عن محكومين عليهما . محكوم عليه حقيقى وهو من

ثم يخضع هذا التصحيح ثانيا لقيد زمنى : فبعد إعلان المحكوم عليه بالحكم الصادر بالإدانة ضده تترك له فرصة « زمنية » للموازنة بين أن يعارض فى الحكم

يقصده فعلا كشخصية (فيزيقية) ، ومحكوم عليه ظاهر وهو من خصصه القضاء خطأ فى الحكم نتيجة انتحاله أو اغتصابه لغير اسمه . وتبرز هنا مشكلة تحديد صاحب الحق فى التمسك بالخطأ المفترض .

ويلاحظ أن هذا النوع من الخطأ ليس قاصرا على مواد الغياب، بل أنه متصور الوقوع حتى فى حالة حضور المتهم لضعف أجهزة اثبات الحالة المدنية ، أو لامتناع المتهم عن ابراز هويته الشخصية وانتحاله أو اغتصابه لاسم غير اسمه ، لكنه على أى حال كما يرى Rougier, p. 298 et. s ويؤكد مشاهدته له أكثر من مرة فى حياته القضائية شائع الوقوع فى حالات الغياب . نظرا لما يتسم به التحقيق الذى يجرى ضد الغالب . من سرعة وتطرف وقناعة بأقل قدر من الأدلة .

ويضرب Rougier, p. 299. مثلا واقعياً على ذلك بمسافر قضى ليلته فى إحدى الغرف المفروشة واختفى فى الصباح مختلساً بعض متعلقات جاره . قد تتصور الشرطة من الطريقة التى جرت بها السرقة – أنها بصدد مجرم معروف لديها . وغالباً ما يتعزز تصور الشرطة هذا بتعرف الشهود على صورة هذا المجرم رغبة فى الانتقام أو لهفة على إصلاح أضرارهم ... فإذا لم يعثر على المتهم الحقيقى فإن إدانة غيابية سوف تصدر حتماً على أساس تقرير الشرطة بأنه لا يمكن بناء على تحرياتها واستدلالاتها أن يكون السارق سوى (X) الفار من العدالة والمعروف لأجهزتها والذى لم يمكن العثور عليه حتى الآن .

ثم يضرب p. 300 مثلا اخر (واقعيا كذلك) لمسافر سجل فى قائمة النزلاء اسما منتحلا أو مغتصبا . فان الشرطة بناء على هذا الاسم وعلى بعض الاشارات الأخرى كالسن بالتقريب ومحل الميلاد تجرى تحرياتها وغالبا ما تتوقف عند واحد من أقرب المتشابهين بهذا المظهر ويصدر عليه حكم بالادانة .

انظر : Picot, P. 845

وقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية قديما لهذه المشكلة وانتهت فيها الى وضع المحكومين عليها فى مركز قانونى واحد . وأعطت لكليهما الحق فى المعارضة : الظاهر لكى يتخلص من الدعوى دون أن تكون لمعارضته صلاحية سقوط الحكم الغيابى . والحقيقى باعتبار المعارضة حقا طبيعيا له ليناقش التهمة . فقد حدث أن أصدرت محكمة جنح مرسيليا حكما بالادانة ضد متهم يدعى « بلاسون » تحت اسم مغتصب لآخر يدعى « ريفينين » . رفع « ريفينين » معارضته فقلبتها المحكمة وأصدرت فيها حكما ببراءته . ثم قبض على « بلاسون » ـــ المحكوم عليه الحقيقى ـــ من بعد . وأرادت النيابة العامة تنفيذ العقوبة التى كانت

الصادر ضده أو أن يقبله وبفواتها ينسحب القلق عن طبيعة الحكم ويصبح من المستحيل التعلل بالغيبة فى سبيل اصلاح الخطأ الذى كان مفترضا فيه . ولكى يتحقق الغرض المتوخى من تلك الفرصة — وهو الموازنة بين قبول الحكم أو

= قد صدرت فى الحكم الغيابى عليه : لكن محكمة مارس واكس رفضت طلب النيابة وأعلنت أن الحكم الغيابى قد سقط منذ معارضة « ريفينين » . لكن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم على أساس أن معارضة « ريفينين » . لم تسقط الحكم الا بطريقة نسبية وإن الأدلة الصادرة فيه تظل قائمة تجاه بلاسون .

Cass. Crim. 20 julliet 1860 B. 185 D. 71s 5. 237

ولاشك أن ما انتهت اليه النقض الفرنسية يكمن على خطأ فادح .

فالمعارضة حق للمحكوم عليه الغائب ، والحكم الصادر ضد متهم واحد لا يتضمن — بالبداهة — محكومين عليهما ، ومن هنا فان إعطاء حق المعارضة لأحدهما — الحقيقى أو الظاهر — يمنع من امكانية إعطائه للثانى ، وبالتالى فقد كان على محكمة النقض أن تختازمن بينهما صاحب الحق فيها وهو لاشك المحكوم عليه الحقيقى . ومن ناحية أخرى فان القانون الفرنسي يرتب على المعارضة أثرا قانونيا حتميا هو سقوط الحكم الغيابى ، فاذا كانت محكمة النقض قد سلمت بحق المحكوم عليه الظاهر فى معارضة تنحصر آثارها فى تخلصه من الدعوى دون أن يكون لها الأثر القانونى المترتب على المعارضة حتما — سقوط الحكم — فكأنها قد ابتدعت نوعا جديدا من المعارضة بأثر خاص من لديها . وفى النهاية فان التسليم بحق المعارضة لما يسمى المحكوم عليه الظاهر — من باب أولى صدور حكم فى مواجهته بالبراءة انما هو تسليم من جانب المحكمة باعتباره « متهما » وهى نتيجة أقل ما يقال فيها أنها غير صحيحة .

(Rougier, p. 301 et s. Sp. 312)

وعلى ذلك فان المحكوم عليه الحقيقى هو وحده صاحب الحق فى المعارضة ، أماما يسمى بالمحكوم عليه الظاهر فليس له فى القانون حق فيها ولا يبقى لرفع الخطأ فى شخصية المحكوم عليه سوى اللجوء الى الوسائل التى وضعها المشرع لرفع الخطأ المادى فى الحكم .

وقد حدث فى ١٠ يناير ١٨٥٥ أن أصدرت محكمة السين حكماغيابيا بادانة شاب يدعى « كلود » بالحبس ثلاث سنوات بسبب جريمة سرقة ، ثم اتضح أن « كلود » هذا كان فى مهمة بخارج فرنسا فى الفترة ما بين ٢٦ ديسمبر ١٨٨٣ إلى ١٨٨٦/٢٨ وهى الفترة التى وقعت فيها السرقة ، طلب المدعى العام للجمهورية من المحكمة تصحيح الخطأ المادى الواقع فى الحكم على أساس أن السرقة لم تقع يقينا من « كلود » . استجابت المحكمة لطلبه وقررت اعتبار الحكم الصادر ضد « كلود » صادرا ضد مجهول وأمرت بالتأشير بهذا التصحيح على هامش الحكم وفى كل مكان يقتضيه الأمر (حكم محكمة السين فى ١٤ نوفمبر ١٨٩٠ مشار اليه فى Rougier p. 301) ولاشك أن الحل كان يمكن أن يكون مكتملا لو أمكن تحديد المحكوم عليه الحقيقى .

=

المعارضة فيه ــ يترتب عليها ما يسمى بالأثر الموقف لميعاد الطعن[1] . ومقتضاه أن يتوقف الحكم عن كل قابلية للتنفيذ وذلك حتى تنقضى هذه الفرصة دون طعن أو حتى يصدر القضاء المختص حكمه إذا رفع الطعن فى خلالها[2] .

ثم يخضع هذا التصحيح أخيرا لقيد شكلى : ومضمون هذا القيد الشكلى هو الطلب المستمر من جانب المحكوم عليه ، أى أن يعلن إرادته فى التمسك بالخطأ المفترض فى الحكم وأن يستمر فوق ذلك فى تمسكه لا يتراخى عنه قط . فعلى المحكوم عليه الغائب فى خلال الفرصة الزمنية التى سبق ذكرها أن يعلن ارادته فى

= وهذا هو ما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية حديثا . فاعتبرت هذه الخطأ « خطأ ماديا بحتا » فى المعنى الذى تقصده المواد ٧١٠ ، ٧١١ ق.أ.ج فرنسى ، إذ قررت « أن المتهم الذى أدين تحت اسم شخص اخر اجنبى تماما عن الدعوى بناء على خطأ مادى بحت يعطى للقضاء الذى أصدر الحكم الصفة فى الامر بتصحيح الخطأ الواقع على نحو ما تنص عليه المواد السابقة .

Cass. Crim 23 Octobre 1969 B. 265. p. 636

وما انتهت اليه محكمة النقض الفرنسية هو ما سبقتها الى وعيه محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه « يتعين على المحكمة وقد اعتبرت أن من ارتكب الحادث ليس هو المحكوم عليه غيابيا الذى عارض الحكم الغيابى الابتدائى واستأنفه ومثل أمام الهيئة الاستئنافيه بل هو شخص مجهول تسمى باسمه أن تقضى تبعا لذلك بالغاء الحكم المستأنف وعدم قبول المعارضة منه لرفعها من غير ذى صفة » (نقض ١٩٥٩/٢/٩ مجموعة أحكام س ١٠ ق ٤٠ ص ١٨١) فطمست بذلك فكرة المحكوم عليه الظاهر نهائيا ، وحددت الأثر الصحيح للاعلان الخاطىء وهى المشكلة التى سبق وناقشناها فى أول هذا البند .

(١) قارب : المرصفاوى ص ٩٠٥ ، راجع فى مقدار الفرصة فى فرنسا ، المواد ٤٩١ ، ٤٩٣ ق.أ.ج فرنسى وهى عشرة أيام ــ وفى مصر المواد ٣٩٨ ق.أ.ج مصرى ، وهى عشرة أيام غير مواعيد المسافة .

(٢) هناك بعض الاستثناءات الواردة على الأثر الموقف ــ سواء فى فرنسا أو فى مصر وهى استثناءات محددة لا تكون الا بنص ، كامكانية الحكم بتنفيذ التعويضات المدنية المحكوم بها للمدعى المدنى فى الحكم الغيابى الصادر على المتهم ٢/٤٦٧ ق.أ.ج م ــ م ٤٦٤ ق أ.ج.ف ــ أو أمر القبض على المحكوم عليه غيابيا لتلافى ما أحدثه الحكم من انهاء لأوامر القبض التى كانت قد صدرت ضد المحكوم عليه قبيل صدور الحكم الغيابى م ٤٦٨ ق.أ.ج.ف.

التمسك بالخطأ المفترض فى الحكم[1] . **فاذا انقضت تلك الفرصة دون إعلان للارادة أو بإعلان لها** فى غير الشكل الذى رسمه القانون . عد ذلك **قبولا للحكم**[1] وتسليما بخلوه من الخطأ . هذه الإرادة كما قد تأتى صريحة فى شمولها **للادانتين** « الجنائية والمدنية » **قد** تأتى عامة **فتأخذ** نفس الحكم لكن **إرادة الغائب يمكن** أن تحصر المنازعة فى إحدى الادانتين قابلة للأخرى ومسلمة بخلوها من الخطأ .

وعلى هذا فان ارادة الغائب هى فى القانون ، المرجع على خلو الحكم من الخطأ القضائى أو على تحديد الجوانب المصابة بالخطأ فيه وهى إرادة أعجز من أن تقوم بهذا الدور الى حد يمكن أن تضع فيه العدالة فى مأزق حيث يمكن أن تؤدى إلى تثبيت أحكام خاطئة أو الى تناقض خطره على العدالة ذاتها إذا ما صدر فى

---

(١) يتخذ إعلان الارادة فى القانون المصرى شرطا جامدا هو « التقرير » فى قلم كتاب المحكمة التى أصدر الحكم ، م ٤٠٠ ق.أ.ج ــ انظر فى الموضوع :

المرصفاوى ٩٠٣ وما بعدها ــ رؤوف عبيد ٦٩١ ، ٦٩٢ ــ محمود مصطفى ٥٣٩ وما بعدها . أما فى فرنسا ، ففى ظل ق.ت.ج كان ميعاد المعارضة ينساب فى مجموع الحكم باعلان واحد من جانب النيابة أو المدعى ومع ذلك كان ينبغى للمعارضة فى مجموع الحكم اعلانان للنيابة والمدعى ــ **لا** اعلان واحد ... انظر فى تقييم هذا الموقف .

André Richard. Article, p. 52 et 57

أما فى ظل ق.أ.ج ــ م ٤٩٠ ق.أ.ج.فرنس ، فان اعلانا واحدا للنيابة العامة ــ وعليها بدورها اخطار المدعى المدنى ان وجد ــ يكفى للمعارضة فى مجموع الحكم . ويتخذ اعلان الارادة شكلا مرنا ، على يد محضر ، مجرد خطاب ، أو حتى اخطار شفهى للنيابة من جانب المتهم انظر :

Vitu, Traité, op. cit. p. 1183

والأحكام المشار اليها فيه :

Bouzat, Traité, op. cit., p. 1402

(٢) انظر Rougier, op. cit, p.199.

المعارضة الجزئية للادانة حكم يضعها مع الادانة التى لم يطعن فيها فى حالة تناقض يستحيل رفعه إلا بافتراض خطأ احدهما .

هذا عن اعلا ن الارادة. أما عن استمرارها ، فيرى أكثر الفقه الفرنسى ، أن آثار المعارضة لا تنتج عن مجرد الاعلان بها ، وإنما هى متوقفة مشروطة بحضور المعارض بالجلسة المحددة لنظر معارضته فإن لم يحضر اعتبر اعلانه بالمعارضة كأن لم يكن لعدم تحقق الشرط(١) . لكن الفقه المصرى فى مجموعه لا يرى فى عدم حضور المعارض شرطا تخلف وإنما يرى فيه خطأ تحقق يستوجب الجزاء بالقضاء باعتبار المعارضة كأن لم تكن(٢) .

---

(١) انظر :

Bouzat, Traité , op., cit., p. 1404

Vitu, Traité, op. cit, p. 1185
ROUGIER, op. cit. p. 244
HELIE, Traité, op., cit., p. 718
GARRAUD, Traité, op. cit., p. 82 et 92. ' LEVASSEUR p. 689

— فتحى سرور ص ٨٠٣

وللمشكلة فى فرنسا أبعاد خطيرة ، لأن من اثار المعارضة سقوط الحكم الغيابى

راجع فى مختلف الآراء ، والمشاكل التى يثيرها تحديد اللحظة الزمنية التى تبدأ من عندها آثار المعارضة :

Goules que article, op cit. p. 271 ets

(٢) انظر المرصفاوى ص ٩٠٧ — محمود مصطفى ص ٥٤٥ — رؤوف عبيد س ٦٩٧ وما بعدها .

وابتداء ، فان التصور الصحيح لمهمة العدالة من ناحية والدور الذى ينبغى أن تدور أحكامها لتحقيقه من ناحية أخرى يتجافى مع فكرة استخدام الحكم القضائى — أو فى حالتنا تثبيته — بما فيه من خطأ مفترض كجزاء على خطأ أيا كان .

فواقع الأمر ، أن اعلان الارادة فى الشكل والميعاد القانونى يعتبر مجرد « إخطار » للسلطة القضائية بعدم قبول الحكم الغيابى أو فى معنى النصوص معارضته لكون المعارض قد قدر بأن الخطأ المفترض فى الحكم والذى غاب عن المحكمة البصر به لغياب عنصر الدفاع « واقع » سوف ينجلى أن طرح دفاعه . هذا الاخطار لكى ينتج آثاره فى إعادة طرح الدعوى على المحكمة — سواء مع سقوط الحكم كما فى فرنسا أو برغم استمراره كما فى مصر — لا بد أن يسانده حضور المعارض لابراز هذا الدفاع ، وعلى هذا الأساس كان « شرطا واقفا » لدخول الحكم الغيابى مرحلة الرجوع فيه .

فاذا ما تغيب المعارض عن الحضور — والمقصود بالغياب هو غياب العمد[1] — فإن على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها باعتبار المعارضة كأن لم تكن دون أن يكون لها بأى حال أن تدخل فى موضوع الدعوى بإعادة نظرها وإلا قضت بما لم يطلبه الخصوم[2] ، على أساس أن إرادة المعارض قد ارتخت

(١) انظر : نقض ١٩٧١/٦/٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٢ ق ١٠٦ ، ص ٤٣١

(٢) Goules que article, op. cit, p. 721
BOUZAT, Traité, op. cit., p. 1404
VITU, Traité op. cit., p .,1184
HELIE, Traité, op. cit. p. 718
GARRAUD, Traité, op. cit. T. 5. p. 90 et 91

المرصفاوى ص ٩٠٧ — محمود مصطفى ص ٥٤٣ — فتحى سرور ٨٠٣ — وانظر رؤوف عبيد ص ٦٩٦ وما بعدها

عن التمسك بالخطأ القضائى واتجهت الى قبول الحكم فأصبح بالتالى نهائيا بالنسبة للقضاء الذى أصدره(١)

= ويلاحظ أن :

BARRAS, op. cit., p. 752
HELIE, Pratique, p. 223
GARRAUD, Tratié, op. cit. p. 92

يرون أن المحكمة لا تملك القضاء باعتبار المعارضة كأن لم تكن الا بناء على طلب الخصم الذى وجهت المعارضة ضده . ويرى ان على المحكمة ان تستجيب لطلب الخصم بشطب الدعوى عن غياب المعارض فلا تقدير لها . فاذا وافق الخصوم على التأجيل فلا تملك الشطب لأن أحدا لم يطلبه وكذلك إذا اتخذ الخصوم موقفا سلبيا فى الجلسة الأولى فلا يجوز المطالبة بالشطب — الا اذا كلف المعارض بالحضور ولم يحضر بناء على التكليف الجديد ، ويؤازرهم فى مصر الاستاذ على العرابى جـ ٢ ص ١٠٧ شرح قانون الاجراءات الجنائية .

والحق أنه اذا سلمنا بأن حضور المعارض شرط واقف لسقوط الحكم الغيابى ، فمعنى ذلك بطريقة عكسية أن عدم حضور المعارض يبقى الحكم الغيابى بغير سقوط ، ومن ثم ووفقا للتنظيم القانونى الفرنسى للمعارضة لا يجوز اعادة نظر الدعوى ولا يزال الحكم الغيابى الصادر فيها قائما . الأمر الذى يفرض قانونا على المحكمة عند عدم تحقق الشرط أن تقضى من تلقاء نفسها باعتبار المعارضة كأن لم تكن دون حاجة الى طلب الخصوم . وهو ما قضت به النقض الفرنسية حديثا ..

Cass. Crim. 19 Mars 1970. B. 101. p. 232

(١) انظر :

Rougier, op. cit. p. 275

— المرصفاوى ص ٩١٢ ، ويرى كذلك — بحق — أن رضاء المحكوم عليه بالحكم والذى يستخلص من عدم معارضته فى الميعاد يظل حقا له عند نظر المعارضة يستعمله عن طريق تنازله عن معارضته .

ويلاحظ أن يترتب على ما فى المتن عدة نتائج :

— ان الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، لا يعتبر حكما جديدا فى الدعوى ، لأن الدعوى لم تفتح من جديد بناء على المعارضة ، انما هو مجرد اعلان من جانب المحكمة بأن الحكم الغيابى أصبح نهائيا من التاريخ الذى صدر فيه ، ولذلك فان المحكمة لا تلتزم من حيث الشكل بذكر الوقائع المشكلة للجريمة ولا أن تعطى اسبابا للعقوبة الصادرة .

=

من خلال تلك القيود يمكن القول ، بأن المشرع فى الادانة الصادرة غيابياً فى مادة « جناية » يضع قرينة قانونية قاطعة خطأ الحكم ومن ثم فان حضور المحكوم عليه فقط هو القيد الوحيد لإعادة نظر الدعوى ، بينما جعل من المحكوم عليه فى مواد الجنح والمخالفات المرجع فى خلو الحكم من الخطأ وفى تحديد الجوانب المصابة فيه عن طريق طلبه المستمر فى خلال فرصة زمنية معينة .

لا يلزم إذن التمسك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم ، فذلك ليس قيدا وإنما يلزم إثبات الغيبة ذاتها وهى مسألة واقع وبثبوتها يفترض وقوع خطأ فى الحكم كقرينة لا تقبل إثبات العكس .

(٢٥) ومن ناحية أخيرة فإنه لا شك أن « طبيعة » الخطأ الذى يصيب الحكم القضائى الجارى إصلاحه تنعكس على منوال هذا الاصلاح ذاته وتشكل ملامحه الأساسية . ففى تنظيمى النقض وإعادة النظر — ويستقيم كلاهما على « خطأ » محدد وقع بالفعل فى الحكم سواء فى القانون أو فى الواقع على التوالى — يجرى متوالى هذا التصحيح على مرحلتين ، نقض الحكم لاصابته « بخطأ محدد » فى القانون أو فى الواقع ، ثم مرحلة الإحالة . هذا المنوال لا يستقيم تطبيقه إذا كنا بصدد خطأ عام — غير محدد — وشامل أى قابل لأن يتحقق فى الحكم فى سائر جوانبه .

تنعكس طبيعة هذا الخطأ على منوال التصحيح فتفرض أن يجرى على مرحلتين ، الأولى « سقوط الحكم الغيابى » والثانية « إعادة نظر الدعوى » .

— ان المحكمة لا يجوز لها من حيث الموضوع أن تمس موضوع الحكم الغيابى بالتعديل لصالح المعارض أو ضده مهما بدا لها فيه من أخطاء .

— أن المعارضة الجديدة فى هذا الحكم تصبح مستحيلة ، لأن الحكم قد أصبح نهائيا بالنسبة للقضاء الذى أصدره وهو ما يعبر عنه الفقه فى أن المعارضة على المعارضة لا تجوز .

ففى مواد الجنايات ، يجرى تصحيح الإدانة الصادرة غيابيا على ذات المرحلتين . الأولى : سقوط الحكم الغيابى سقوطا فوريا بمجرد الحضور المادى للمحكوم عليه حرا أو معتقلا[1] . والثانية : هو « إعادة نظر الدعوى » تمهيدا لإصدار حكم جديد — فى الأوضاع الطبيعية — يتمكن فيه القاضى من تصحيح كافة الأخطاء التى يمكن أن تكون قد وقعت فى الحكم الغيابى أيا كانت طبيعتها كما سوف يأتى تفصيله .

وبسبب هذا « السقوط » لم يجادل أحد فى أن الحكم الغيابى الصادر بالإدانة فى مادة جناية يعتبر حكماً « تهديدياً » أو « واقعياً »[2] ، مقصودا به الضغط على الإرادة العاصية للغائب لتختار الحضور ، بما يعززه من وضع الغائب فى التشريع الفرنسى « خارج حماية القانون » وتحميله فى مصر للجزاء المنصوص عليه فى المادة ٣٩٠ من ق.أ.ج ومذكور فيما سبق ، أن هذه الادانة لا تصبح نهائية الا بانقضاء ميعاد تقادم العقوبة دون أن يسقط المحكوم عليه فى يد العدالة[3] . وعلى ذلك فإن حضور المحكوم عليه — أراديا أو جبريا — فى هذا النطاق الزمنى ، يعد استنفاذا كاملا للوظيفة المناط بهذا الحكم الوفاء بها ، فيسقط بالتالى فور تحققها — أو يبطل حتما بتعبير المادة ٢٩٥ من ق ا — ليعاد نظر الدعوى من جديد وفقا للأوضاع العادية .

---

(١) انظر : ١/٦٣٩ ق.أ.ج. فرنسى — م ٣٩٥ ق.أ.ج مصرى . تقضى الهيئة العامة للمواد الجزئية ١٩٦٠/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض ص ١١ ق ١ س ٦٤٣ وقررت فيه « أن مفاد النص الصريح... أنه يترتب على حضور المحكوم عليه أو القبض عليه سقوط الحكم الغيابى حتما وبقوة القانون »

(٢) انظر :

BOUZAT, Traité op. cit. p. 1355
GARRAUD, Précis, op. cit, p. 920

— محمود مصطفى ص ١١٣ — رؤوف عبيد ص ٥٦٥

(٣) فى هذا الفرض يستحيل إصلاح الخطأ Cass 3 Nov. 1953. Gaz Pal. 1954. 1. 147. لكن العقوبة تصبح هى الأخرى — بسبب التقادم — غير قابلة للتنفيذ .

وسقوط الحكم الغيابى يعنى انعدامه ، وانعدام كافة الآثار القانونية المترتبة عليه سواء فيما يتعلق بالإدانة الجنائية أو المدنية إن وجدت ، ويتميز هذا السقوط بأنه« حتمى » يتحقق بقوة القانون لأنه وفقاً للفهم الفقهى من النظام العام[1] ، بصرف النظر عن مساندة إرادة المحكوم عليه لهذا السقوط أو تعارضها معه[2] . كما يتحقق ولو كانت العقوبة التى صدرت ضد الغائب تشكل عقوبة جنحة أو مخالفة ، كما لو قدم إلى محكمة الجنايات متهما بجناية اعتبرتها المحكمة مجرد جنحة وقضت غيابيا بالعقوبة المستحقة عنها ، لأن العبرة بوصف الواقعة كما رفعت بها الدعوى[3] .

كما يتميز هذا السقوط بأنه « شخصى » ، فاذا تعدد المحكوم عليهم غيابيا

---

(١) انظر : م ١/٣٩٥ ق.أ.ج.م ــ نقض الهيئة الجزئية ١٩٦٠/١٢/١٧ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ١ ص ٦٤٣ ــ نقض ١٩٦٣/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ١٨٣ ص ١٠٠٣ ــ م ٦٣٩ ق.أ.ج فرنسى . ويضيف النقض سقوط كافة الاجراءات اللاحقة على أمر الحضور . انظر فى تفسير النص :

BOUZAT, Traité, op. cit, p. 1300
GARRAUD, Traité op. cit, p. 534 et s.

ــ رؤوف عبيد ، ص ٥٧٠

(٢) أنظر :

GARRAUD, Traité , op cit. Tome 4, p. 531

ــ محمود مصطفى ص ٤١٣ ــ نقض ١٩٦٠/١٢/١٧ مشار اليه
ــ رؤوف عبد ض ٥٧٥

(٣) انظر :

HELIE, Pratique, op cit. p 714
GARRAUD, op. cit.

ــ نقض ١٩٥٠/٥/٩ أحكام النقض س ١ ق ٢٠٦ ص ٦٢٩ - ١٩٥٩/٥/١٢ س ١٠ ق ١١٧ ص ٥٣١ ــ المرصفاوى ص ٧٥٤ ــ رؤوف عبيد ص ٥٦٧ ومابعدها .

ــ محمود مصطفى ص ٤١٥

وحضر بعضهم سقط الحكم فيما يتعلق بهذا البعض فقط[1] لأن الحكم لم يستنفذ وظيفته إلا بالنسبة لهم .

وجدير بالذكر ، أن المقصود بالحكم هنا هو « حكم الإدانة » ، أما أحكام البراءة فانها تفلت أساسا من الاصلاح وهو اتجاه يكاد كما ذكر أن يكون عاما فى مادة الخطأ القضائى بوجه عام ، وعلى ذلك فان حضور المحكوم عليه الذى كان قد قدم الى محكمة الجنايات بعدة تهم أدين فى بعضها فقط ، لا يسقط من الحكم سوى الشق المتعلق بالإدانة[2] .

حضور المحكوم عليه إذن يسقط الحكم الغيابى بالنسبة له ، فى جميع الأجزاء الى أدانته وعلى هذا فليس صحيحا ما يقرره البعض من أن هذا الحكم يسقط بصدور حكم جديد من محكمة الجنايات فى حضور المتهم[3] . على خلاف ماتقضى به المادة ٢/٣٩٥ م.ج.مصرى فى وضوح تام .... (اذا حضر المحكوم

(١) انظر :

HELIE Pratique, op. cit., p. 714

(٢) انظر :

Cass, 15 nov, 1811, B. 1. 177,
HELIE, Pratique, op. cit., p. 740

وقارن :

GARRAUD, Traité, op., cit., p. 532.

(٣) محمود مصطفى ص ٤١٥ ويقرر كذلك (ص ٤١٤) أن هذا الحكم يسقط بمضى المدة المسقطة للعقوبة على خلافهما تنص به المادة ٣٩٤ ق.أ.ج. مصرى فى وضوح تام « لايسقط الحكم الصادر غيابيا من محكمة الجنايات فى جناية بمضى المدة ــ إنما تسقط العقوبة المحكوم بها ويصبح الحكم نهائيا بسقوطها » .

عليه فى غيبته أو قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضى المدة يبطل حتما الحكم السابق صدوره) ويبدو أن هذا الاتجاه يجد أسبابه عند أصحابه ، فيما تثيره مشكلة قرارة المحكوم عليه بعد الحضور أو أثناء المحاكمة فقد رأى هذا البعض ان على المحكمة فى هذه الحالة أن تقضى بعدم انقضاء الحكم الأول أى باستمراره[1] . وذلك لانتفاء الحكمة من بطلانه أو اعتراف بما يجريه عليه العمل[2] . والحق أنه اذا كان سقوط الحكم بحضور المحكوم عليه يجد سنده القانونى فى النص الصريح للقانون ، فان عودة الحكم — وقد سقط — لا يمكن أن تتقرر هكذا دون سند ولعل هذا ما دفع محكمة النقض المصرية الى أن تقرر بأن حضور المحكوم عليه — اراديا أو جبريا — يسقط الحكم « مبدئيا » لكن سقوطه « النهائى » يكون عند صدور الحكم الجديد[3] . وواضح أن محكمة النقض قد تخلصت من المشكلة بابتداع تقسيم غريب للسقوط فوق افتقاره هو الآخر للسند القانونى ، يستعصى على الفهم نفسه لأن سقوط الحكم ولو تم مبدئيا — يعنى انعدامه ، وما أعدم لا يعود ولو هرب المحكوم عليه بعد حضوره أو أثناء المحاكمة ، إذ على المحكمة هنا أن تواصل نظرها للدعوى وفقا للاجراءات التى نص عليها المشرع بالنسبة للمتهمين الغائبين ، لتصدر حكما غيابيا جديدا يحل محل الأول ولو تقمصه فى جملته وتفصيله . وبديل هذا الحل ، وأن كان مرغوبا ، لا يجوز تقريره إلا بنص .

تصحيح الخطأ المفترض فى الحكم بسبب الغيبة إذن بما يتسم به هذا الخطأ من عمومية — أى عدم تحدد — وشمول ، يتطلب ابتداء الرجوع عن الحكم السابق أى سقوطه ، والتصدى للدعوى — أمام ذات المحكمة التى أصدرت

(١) محمود مصطفى ، نفس الموضع .

(٢) المرصفاوى ، ص ٧٤٠

(٣) انظر : نقض ١٩٦٠/٦/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ١١٣ س ٥٨٧ نقض ١٩٧٠/١/١٢ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ١٩ ص ٧٨

التى يعاد فيها نظر الدعوى معنى ذلك أن السقوط ليس هو الذى يحدد سلطات قاضى المعارضة بل أن سلطات هذا الاخير هى التى تحدد الاجزاء التى تسقط من الحكم ، كما أن هذا السقوط لا يمثل السبب الحقيقى وراء حرية قاضى المعارضة فى فرنسا فى تسوىء مركز المعارض[1] . ولهذا كله قلنا بأن الخلاف بين المشرع المصرى والفرنسى ، فى سقوط الحكم أو بقائه لا يعدو أن يكون خلافا نظريا محضا .

وفى غياب الفوارق العملية بين كل من التصويرين ، لا يبقى سوى المفاضلة بين التصورات النظرية لكل منهما . والواقع أن عدم سقوط الحكم الغيابى فى مواد الجنح والمخالفات فى مصر يؤخذ عليه أولا مخالفته للمنطق المتخذ فى مواد الجنايات دون مبرر ، إذ من المعروف أن الضمانات التى قدمها المشرع المصرى — من الناحية النظرية — لصدور الحكم غيابيا فى مادة جناية تفوق نظيرتها فى مواد الجنح والمخالفات ، إذ أجاز فى الحالة الأولى سماع الشهود بينما رخص فى الثانية إصدار الحكم بناء على الأوراق ، ومسلم فى الفقه بأن الحكم فى مواد الجنايات يعتبر حكما تهديديا أو وقتيا يستنفذ وظيفته تماما بحضور المحكوم عليه ، الأمر

---

(١) صحيح أن الفقه الفرنسى يرى أن عدم امكانية اضارة المعارض بمعارضته تكمن فى سقوط الحكم الغيابى . انظر :

GARRAUD, Traité, op. cit., p. 82
VITU, Traité , op. cit., p. 1183
BOUZAT, Traité , op. cit., p. 1404.
GERDENAND EBRHARD, Article, op. cit., p. 484

لكن الواقع أن سقوط الحكم الغيابى أو « بقاؤه » عند نظر المعارضة لا تأثير له فى ذاته على تحديد سلطات قاضى المعارضة . والدليل على ذلك أن الفقه والقضاء فى بلجيكا قد استقر على الرغم من الوحدة الكاملة فى النصوص بين التشريع البلجيكى والتشريع الفرنسى ، أى على الرغم من سقوط الحكم فى الاثنين ، قد استقر ، على عدم اضارة المعارض بمعارضته انظر Braas, op. , cit., p. 647 وبهذا يتحدد حكم التشريع المصرى المادة ١/٤٠١ مع الحل فى بلجيكا .

القانونى الذى ارتكز عليه إنعقاد هذا الاختصاص[1] ، طالما كان صحيحا عند اتخاذه .

والواقع أن الخلاف بين القانون المصرى والفرنسى فى بقاء الحكم الغيابى وسقوطه . لايعدو أن يكون خلافا نظريا محضا ، يتحدد نطاقه الزمنى بالفترة ما بين رفع المعارضة وصدور الحكم الجديد . وإذا كان من البديهى أن يتوقف الحكم الذى سقط عن انتاج أى أثر قانونى فان الحكم-فى التشريع المصرى — برغم قيامه يكان هو الآخر أن يكون نفس الشيء . فتنفيذه أولا موقوف بفعل الأثر الموقف للطعن[2] . وهو ثانيا فاقد للأثر بالنسبة للقيد فى صحيفة السوابق أو الاعتداد به فى العود ، لعدم اكتسابه بعد للصفة النهائية للاحكام كما لا يمنع — لنفس السبب — من تطبيق قواعد جب العقوبات ان وجد لها مقتضى[3] ، كما أن بناء الحكم أو سقوطه أخيرا لا تأثير له فى تحديد سلطات قاضى المعارضات سواء فى فرنسا أو فى مصر ، فالواقع أن قاضى المعارضة — سواء فى فرنسا أو فى مصر — يتعرض للدعوى من جديد بحدود ترسم إطار سلطاته فى اعادة نظرها ، غاية الأمر أن الحكم الغيابى يسقط فى فرنسا فى الحدود

---

(١) فى المعنى :

ROUGIER, op. cit., p. 256.

(٢) لا يخل بسلامة ما فى المتن وجود بعض الاستثناءات على الأثر الموقف للطعن فى التشريع المصرى م ٢/٤٦٧ بشأن حق المحكمة فى الأمر بتنفيذ التعويض المدنى المقضى به فى الحكم الغيابى برغم المعارضة . وكذلك المادة ٤٦٨ بشأن حق المحكمة فى الحكم بالقبض على المحكوم عليه وحبسه . فهذه تقريبا ذات الاستثناءات فى القانون الفرنسى برغم سقوط الحكم . فالمادة ٤٦٤ ق.أ.ج فرنسى تقابل الحالة الأولى والمادة ٤٦٥ ق.أ.ج فرنسى تقابل الثانية .

(٣) قارن :

GARRAUD, Traité , op. cit., T. 5, p. 79

ويلاحظ أن هذا الحكم لا تسرى عليه مدة تقادم العقوبة ، إذ أن العقوبة لا يمكن تنفيذها .

GAULESQUE, Article, op. cit., p. 722.

الحكم[1] ــ ولو تشكلت من ذات القضاة الآدميين ــ بحكم جديد يعتبر أول استنفاذ حقيقى لسلطة المحكمة عن طريق إعادة نظر الدعوى .

ذلك عن الجنايات ويجرى التصحيح على ذات المنوال فى مواد الجنح والمخالفات فى فرنسا ــ سقوط الحكم ثم إعادة نظر الدعوى ــ وفق ما قررته المادة ٤٨٩ ق.أ.ج فرنسى ــ تقابلها المادة ١٨٧ ق.ت.ج. فرنسى ــ بينما يجرى هذا التصحيح فى مصر على مرحلة واحدة هى إعادة نظر الدعوى مع بقاء الحكم الغيابى قائما دون سقوط ــ حيث لم تقرره المادة ١/٤٠١ ق.ا.ج مصرى .

وجدير بالذكر أن قاضى المعارضة فى مصر وفرنسا ــ كما هو الحال بالنسبة لمواد الجنايات ــ هو قاضى الحكم الغيابى[2] . فطعن المحكوم عليه بالمعارضة يعيد الاختصاص إلى ذات المحكمة التى أصدرت الحكم الغيابى ــ ولو تشكلت من نفس القضاة الآدميين ــ لتعيد نظر الدعوى وتستنفذ للمرة الأولى بالمعنى الحقيقى سلطتها فى الفصل فى الدعوى فى حضوره . والعلة فى ذلك ، أن انعقاد الاختصاص لهذه المحكمة ما دام قد تم باجراء صحيح سابق بالحتم على الغيبة فان المعارضة لا يمكن أن تؤثر فى سلامته ولو تلاشى عند « رفعها » الاساس

(١) محمود مصطفى ص ٤١٣ ــ نقض ١٩٦٥/٣/٢٩ مجموعة أحكام النقض ص ١٦ ق ٦٧ ص ٣١٤

(٢) م ٤٠١ ق.أ.ج مصرى ــ محمود مصطفى ص ٥٤٣ ــ المرصفاوى ص ٨٩٠

Bouzat, Traité, op. cit, T., p. 1403
Brass, op. cit., p. 645 et 747
LEVASSEUR, op. cit, p. 689
DE VABRE, Précis, op cit., p. 394
GARRAUD, Traité., op., cit, T. 5, p. 82

ومع ذلك يرى Bouzat أنه فى حالة اعتقال المعارض يمكن استخداما للمادة ٦٦٤ أن تنظر المعارضة من محكمة الجنح التى وقع فى دائرتها الاعتقال .

Cass 6 Juillet 1948, R, 50. Crim 1948, p. 777.
Cass, 22 Juillet 1959 Caz, Pal. 1959. 11. 129

الذى يقتضى — من باب أولى — اعتباره كذلك فى مواد الجنح والمخالفات وسقوطه هو الآخر ، لا بحضور المحكوم عليه وإنما باستيفاء القيود السابق عرضها .

ويؤخذ عليه ثانيا ، أنه لا يتفق ومنطق التصحيح ذاته ، فالخطأ فى الحكم الغيابى هو من قبيل الخطأ المفترض الذى لا يتأتى للمحكمة أن تمسك به الا بسماع دفاع المتهم ، الامر الذى فرض أساسا اعادة نظر الدعوى فى حضوره ، دون أن يكون الحكم ذاته أساسا للتصحيح ، ومن ثم فان بقاء الحكم يفتقر من الناحية النظرية الى « علة الوجود » .

ويؤخذ عليه ثالثا . أنه يؤدى من الناحية النظرية إلى صدور حكمين قضائيين فى ادعاء جنائى واحد ، الأمر الذى لا يتصور فنيا — دون شبهة الاختلاط — الا اذا كان الحكم الاخير صادرا من محكمة أعلى كما فى الاستئناف .

ذلك كله عن المرحلة الأولى ، وهى سقوط الحكم ، أما المرحلة الثانية فهى « إعادة نظر الدعوى » .

وفى الحق فان « اعادة نظر الدعوى » هى الطريقة الوحيدة لرفع ما يفترض فى الحكم الغيابى سواء فى مواد الجنايات أو الجنح والمخالفات ، من أخطاء تعلقت به بسبب غياب حامل الحقيقة وافتقاد المحكمة بالتالى الى ضمانة أساسية من ضمانات العدل السديد هى المواجهة بين الاتهام والدفاع هذا الافتقاد ، ليس من شأنه ، أن يؤدى الى خطأ محدد وملموس يمكن اكتشافه ، كما يكفى فيه فحص الحكم ذاته ثم تصحيحه ، وإنما يؤدى الى نوع من الخطأ « المجهل » المنتشر كسرطان الدم لايتأتى اكتشافه إلا بجريان المحاكمة فى الوضع الطبيعى بحضور حامل الحقيقة أمام الاتهام . إذ هنا تختلف الحقيقة القضائية التى يستخلصها القاضى عن تلك التى استخلصها حين انفرد به الاتهام ، والتى غالبا ما يتفوق الحكم الجنائى — بطبيعة الأمور ذاتها — فى استخلاصها كما يريد لها الاتهام أن

تستخلص ، وعندئذ وعلى أساس الاختلاف بين الحقيقتين تتكشف أخطاء الحكم الأول .

وإذا كانت طبيعة الخطأ المفترض على هذا النحو قد جعلت الحكم الغيابى — فى فكرته الأساسية ومع التحفظ على الوضع فى مصر لغير الجنايات — يسقط بمجرد الطعن فيه وبمجرد سقوط المحكوم عليه فى يد العدالة كما فى الجنايات ، فإن هذه الطبيعة قد حددت كذلك المضمون الذى يجرى عليه تصحيح الخطأ المفترض وهو كما قلنا اعادة نظر الدعوى .

ولئن كان هذا المضمون هو ذاته الذى يجرى فى تصحيح « الخطأ المحتمل » أو بالتعبير الجارى الاستئناف ، فان هذا التماثل لا يحجب التباعد الجذرى بين كل من نوعى التصحيح من وجهة نظر « التصور الوظيفى » لكل منهما[1] .

فبينما وظيفة الأول هى رفع ما يفترض فى الحكم من خطأ ، فإن وظيفة الثانى هى البحث عما يحتمل فيه من خطأ جريا وراء فكرة « القضاء الأفضل » — أن جاز التعبير — هذا التصور يجد دليله فى الجهة التى يعهد اليها باجراء هذا التصحيح أو ذاك ، فهى فى الأولى ذات المحكمة وربما ذات القضاة الآدميين لكى يتصدوا للدعوى للمرة الأولى بالمعنى الدقيق ، لأن النظر الأول للدعوى قد تم فى غياب الضمانة الأولية لقضاء سديد وهى غياب « حامل الحقيقة » الأمر الذى أدى الى افتراض الخطأ فى الحكم ودون أن يكون قضاء القاضى نفسه محل نظر أو مراقبة ومن هنا تعود الدعوى الى ذات المحكمة لتستنفذ للمرة الأولى بالمعنى الدقيق

---

(١) يلاحظ أن طبيعة الخطأ المحتمل وأن اقتضت هى الأخرى أن يجرى منوال التصحيح على ذات المضمون « اعادة نظر الدعوى » . فانها لا توجب سقوط الحكم الابتدائى ، إذ يظل الحكم المستأنف — برغم الطعن — قائما بلا سقوط على عكس الحكم الغيابى .

وعلى هذا فلا نزاع فى أن المعارضة — على عكس الاستئناف — لا تعتبر درجة ثانية من درجات التقاضى .

سلطتها فى الحكم ، بينما تحمل الدعوى فى الاستئناف ، إلى قضاء أعلى فى سلم التدرج وربما أكثر من حيث العدد لتحقيق نوع من الرقابة ومن ثم التصحيح لقضاء القاضى الأول ، وعلى هذا الأساس فان الوظيفة المناطة بكل منها قد تجد تطبيقا على حكم واحد دون تعارض ولا تكرار .

وغنى عن البيان أن المعارضة ترتبط بالغياب إرتباط وجود وعدم ، إذ تعتبر طريقا خاصا من طرق الطعن فى طائفة خاصة من الأحكام هى الأحكام الغيابية ــ وهذا فارق آخر بينها وبين الاستئناف ــ وقد بينا ذلك « التجهيل » العام الذى تودى إليه الغيبية فى مدى اصابة الحكم الحقيقة ، على نحو أصبحت فيه الغيبة « قرينة قانونية » على وقوع خطأ فى الحكم ، وكشأن كل القرائن لا يلزم الشك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم كما لا يلزم من باب أولى إثباته ، بل يكفى إثبات الغيبة فى ذاتها فيفترض بثبوتها الخطأ فى الحكم ، وهذا ما يفرق بين المعارضة من جهة والنقض وإعادة النظر من جهة أخرى . إذ يلزم فى الأخيرين التمسك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم سواء فى القانون كما فى النقض أو فى الواقع كما فى إعادة النظر .

البـاب الثانى

الخـطأ المحـتمـل

وأيا ما كان الأمر ، يعنى الاستئناف ، أنه بصدور الحكم حضوريا أو حضوريا اعتباريا أو بصدور الحكم باعتبار المعارضة كأن لم تكن[1] تستنفذ محكمة الدرجة الأولى ولايتها فى الفصل فى الإدعاء لكن الحكم يظل قابلا لمرحلة من التصحيح تسمى بالاستئناف يصبح من بعدها أو من بعد زوال تلك القابلية نهائيا .

(٢٧) ويعتبر الاستئناف ، بهذا المعنى ، الترجمة الايجابية لمبدأ التقاضى على درجتين ، ومعناه أن الأحكام الصادرة من قضاة الدرجة يمكن — من حيث المبدأ — استئنافها ، أى « مواصلة » أو « إعادة » نظر الدعوى التى كان الحكم قد صدر فيها ، وهذا هو الوجه الايجابى للمبدأ ، أما وجهة السلبى فمعناه ، أن جريان المحاكمة يتوقف بعد تلك الدرجة فلا استئناف للأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف[2] .

ويتأسس الاستئناف ، لدى من لا ينكره ، على فكرة « الحكم الأسلم » ، وهى نظرة تتجه فى بحثها عن أساس الاستئناف الى « آثاره » ، لأن المقصود بالحكم الأسلم هو بالبداهة الحكم الصادر فى الاستئناف . لكن الواقع أنه ليس هناك — فيما يبدو — ما يمكن أن نسميه حكماً أسلم من حكم لكن هناك حكماً صحيحاً أو خاطئاً ، فالحقيقة المادية التى ينبغى أن يعلنها الحكم الجنائى لا تحتمل سوى الصحة أو الخطأ ولا ترد عليها فكرة الأفضل أو الأحسن أو الأسلم .

لكن هذا النظر على أى حال كانت له أسبابه ، فالحكم القضائى يشتمل فى حقيقته على حكمين متميزين : الحكم الواقعى أى الحكم بوجود — أو عدم

---

(١) أما الأحكام الغيابية فلا تكون قابلة للاستئناف الا بعد انقضاء ميعاد الطعن بالمعارضة .

(٢) انظر فى المبدأ ومفهومه :

PETER NEU : Les pouvoirs de controle
de la Cour Suprème, Thés SARRE, 1956 , p. 43. à 46.

الفصــل الأول

فكــرة الاســتئناف

(٢٦) وضـع المشكلة
(٢٧) تحديد مبدئى لاساس الاستئناف

(٢٦) يعتبر الاستئناف أقدم طرق الطعن وجودا ، صحيح أن ظهوره كان يرتبط بالمجتمعات كلما توسعت أراضيها واتجهت بالتالى نحو التدرج والمركزية ، كوسيلة تهدف بها إلى ربط أجزاء الدولة وتحقيق المركزية فى إدارة القضاء ، على نحو كان يسمح بطريقة غير مباشرة بإعطاء المتقاضين الفرصة لإعادة نظر دعواهم وعدة مرات كلما اقتضى هدف المركزية للاستئناف أن يتعدد . إلا أن الاستئناف كان ينسلخ دائما عن هدفه التاريخى كلما وصل المجتمع إلى درجة متقدمة من التنظيم والتدرج ، فتبرز له طبيعته كتنظيم إجرائى هدفه السعى نحو « سلامة الحكم » وعندئذ كان يتقلص إلى درجتين فقط .

الاستئناف إذن كتنظيم كان سابقا فى ظهوره على هدفه فى المحيط القانونى ، ولعل هذا السبق كان سببا فى الكراهية التى أسرها له بعض الفقه بحجة أن وجوده كان ناتجا مخصصا لحـل مشكلة لم تعد موجودة وهى المركزية ، فضلا عما يحملونه للاستئناف من أضرار تصاحبه .

ولقد كان هذا الانقسام فى النظرة الفقهية للاستئناف سببا فى الاضطراب الذى أصاب المشرعين فى تحديدهم لنطاقه حتى كاد تقريره يقترن عادة بالاعتذار فجاءت الحلول بصدده محل نظر .

وجود — الوقائع المشكلة للركن المادى للجريمة ونسبتها — أو عدم نسبتها — إلى المتهم ، والخطأ الذى يقع من القاضى فى هذا الحكم هو خطأ واقعى لا قانونى ولو تخالف فيه القاضى مع المنطق والصواب ، أى كان قضاؤه سيئا . ولما كان الاستئناف وحده هو القادر على مواجهة هذا القضاء السيىء بالتصحيح ، أى بتصحيح الأخطاء المنطقية وإعادة النظر فى المسائل التقديرية الصرف ، والتى يمكن أن تكون محلا لفكرة السلامة ، قيل بأن أساسه هو فكرة « الحكم الأسلم » وهذا صحيح لكنه ناقص لأن الاستئناف قادر على تناول سائر الأخطاء التى يمكن أن تصيب الحكم القانونى ، أى الخطأ فى القانون كذلك بالتصحيح ، ومن ثم فان ربطه بفكرة القضاء الأسلم — بالمعنى السابق — إنما هو ربط قاصر ويشل من عموميته ، التى تمتد لتشمل سائر الأخطاء التى تصيب الحكم ، فى الواقع أو فى القانون أو مجرد القضاء السيىء ، ولأن الاستئناف لا يتوقف على الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم وإنما يكفى مجرد « رفعه » ليعاد نظر الدعوى وإصدار حكم جديد . يمكن القول بأن رفع الاستئناف ينشىء « قرينة قانونية » على احتمال الخطأ فى الحكم وهو فى رأينا أساس الاستئناف .

الفصـل الثانـى

الـدور التاريخـى للاسـتئناف

(٢٨) دور الاستئناف فى روما
(٢٩) دور الاستئناف فى القانون الفرنسى القديم
(٣٠) الثورة الفرنسية والدور الجديد للاستئناف

(٢٨) فى روما كما هو معلوم ، كان شخص المواطن مقدسا ولذلك كان الشعب بذاته فى البداية ، الجهة الوحيدة التى يجوز لها المساس بشخصه ، فلم يكن ثمة مجال للاستئناف لأن ضمانة المتهم كانت موجودة فى الشكل الشعبى للقضاء دون حاجة الى وجود محكمة أعلى[1] . لكن الحياة الاجتماعية تعقدت من بعد ، وأصبح القانون الذى كان من قبل وعيا وطنيا يحوزه الجميع ، علما صعبا له أصوله ونصوصه وحملة سره ، فقنع الشعب بمجرد طلب العدالة من حملة القانون وقبولها منهم فى صمت[2] . لكن الشعب ظل على أى حال — ولفترة طويلة فى عصر الجمهورية — يقوم بدور محكمة الاستئناف على أحكام هؤلاء فى حالة

---

(١) انظر :

ADOLPHE PRINS, De l'appel dans l'organisation judiciaire repressive, Etude historique et critique, Thèse, BRUXELLES, 1875, p. 6.

GEORACES TELLIER, De l'appel en matiére correctionnelle et de simple police en droit français, Thèse PARIS, 1878, p. 132.

(٢) انظر :

PRINS, op, cit, p. 7.

الإدانة الصادرة بالإعدام على ما يستخلص البعض من أسطورة « HORAC » وهى مجموعة تتشكل من ثلاثة من المحاربين الرومان ، نازلوا مجموعة معادية تتشكل هى الأخرى من ثلاثة من المحاربين وتسمى Curisce . تمكنت المجموعة الاخيرة من قتل اثنين من مجموعة Horac ، لكن ثالثهم تمكن من القضاء على الـ curiace الثلاثة·أعداء روما . وعند عودته منتصرا قابلته أخته وتدعى Gamill باللعنات غضبا منها على مقتل خطيبها الذى كان واحدا من curiace فقتلها هى الأخرى ، وأصدر القضاء حكمه عليه بالاعدام لكنه استأنف إلى الشعب الذى منحه البراءة اعترافا منه بالجميل[1] .

وقد رأى البعض فى تلك الصور غير الناضجة للاستئناف إلى الشعب ، رغبة فى تقليل سلطة القضاء[2] ، بينما رأى فيه آخرون مجرد ضمانة للمتهم من ظلم أو قصور القضاة[3] .

---

(١) انظر :

Dictionnaire usuel, p. 302 et 692 .

ويلاحظ أن التأصيل العصرى لأسطورة Horac يصلح دليلا على وجود حق العفو بأكثر منه على وجود حق الاستئناف ـــ انظر :

HENRI ROHEE, De l'appel en matière correctionnelle
Thèse CAEN, 1897 . p. 7.
LOUIS GRAEFF. Appel en simple police et en police correctionnelle,
Thèse TOULOUSE 1909 , p. 8.
MAURICE MATTELIN. Essai sur l'organisation judicaire à Rome.
voie de recours contre le jugement, et la cour de cassation son organisation
son but, Thèse CAEN, 1880 . p. 76
HENRI BARDOT : Essai sur les voies de recours contre les jugements et
Etude sur le pourvoi devant la cour de cassation, Thèse PARIS, 1873, p. 36

(٢) انظر : TELLIER, op. cit., p. 139

(٣) انظر : ROHEE, op., cit., p. 11.

وأيا ما كان الأمر ، فان أحداث الأمبراطورية أدت من بعد ، إلى اكتساء سلطة القضاء بسيادتها . فقد استأثر الامبراطور بممارسة السلطات التى كانت للشعب من قبل ، وفوض الأمير Prince فى مزاولتها ، وكان القضاة يحلون محل الأخير فى ممارستها تحت إشرافه ، فقام التدرج وبدأ القضاء يتخذ شكلا منظما ، والتدرج نواة الاستئناف وبذرته الأولى .

اعترف بالاستئناف فى سائر الدعاوى الجنائية لم تستثن سوى الأحكام الصادرة فى صدد فئات أربعة منها : دعاوى القتل ، الزنا أو الخيانة الزوجية ، التسميم ، السحر ، على شرط أن تكون الجريمة معترفا بها ، وقائمة فوق ذلك على أدلة قوية فى حجيتها حيث يصبح الاستئناف فى مثل تلك الحالات من قبيل الشكليات التسويفية[٢] .

لكن القضاة ، كانوا يرون فى الاستئناف نوعا من تجريح أشخاصهم فتقاعسوا عن نظره ، وكان المحكوم عليهم يخشون لهذا السبب غضب القضاة فتواضعوا — خوفا — على عدم استعماله ، حتى جاء الأمبراطور Gonstantin ليعلن فى دستوره الاعتراف بالاستئناف[٢] ، وبأنه لا يشكل أية إهانة للقضاة ثم حث Théodos et Arcadius المحكوم عليهم بالتحلى بالشجاعة فى مباشرة حقهم فى الاستئناف .

(١) انظر :

GRAEFF, op. cit, p. 7, - RAHEE op. cit, p. 8

(٢) انظر :

TELLIER, op. cit, p. 132.
ROHEE, op. cit., p. 8 et 9

كان للأمير prince وحده — خلال المراحل الأولى للأمبراطورية — نظر الاستئناف فى سائر اراضى الامبراطورية . لكن تعقد الدعاوى وتعددها دفع الامبراطور الى تفويض judices sacri وكانوا إما illustrés وإما spectailes فى نظر تلك الاستئنافات ولهم فى ذلك سلطاته .

وبذلك كان استئناف أحكام les praesides — وكانوا مفوضين باقامة القضاء الجنائى فى سائر المقاطعات — تنظر أمام judices sacri وينظر الامبراطور استئناف أحكام هؤلاء بنفسه ، فضلا عن حقه الذى لم يتنازل عنه قط فى اختيار القضايا الضخمة التى كان يلذ له القضاة فيها بشخصه كأول وآخر درجة دون أن يكون للمتقاضين من ضمانة سوى نزاهته وانعدام مصلحته الشخصية[1] .

والواقع أن الاستئناف كتنظيم ، كان يدور فى تلك المرحلة مع الروح التى كانت تسيطر على الامبراطورية وهى المركزية والاستبداد . وما كان — الاستئناف — سوى وسيلة تحقيق تلك المركزية فى إدارة القضاء . فلم يكن قط ضمانة قضائية ولا دعامة للمظلومين بقدر ما كان وسيلة « للرقابة » هدفها جمع القضاء تحت إبط العرش[2] .

هذا عن الاستئناف ودوره فى روما .

---

(١) انظر :

MATTELIN, op. cit, p. 72 et 73
ROHEE, op. cit, p. 10 à 12

(٢) انظر :

TELLIER, op. cit, p. 139
ROHEE, op. cit., p. 11.
LE PINOY LEONCE :
De l'appel en matière civile, Thèse, Université de France, 1885, p. 441

(٢٩) **أما فى فرنسا**[١] **، فان البحث عن تاريخ الاستئناف لا يبدأ إلا من نهاية القرن العاشر ، حيث بدأت سلطة ملوك فرنسا فى الضعف من جهة ، وبدأ النظام الاقطاعى من جهة أخرى فى التطور ، وأصبحت لهم على أراضيهم سلطة استئثارية فى إقامة القضاء ولم يعد للسلطة الملكية وجود إلا بالاسم .**

وكان القضاء الكنسى قد بدأ خلال القرون الثلاثة التى شكلت عمر الاقطاع فى التكاثر والمنافسة .

وكان المبدأ الذى حكم القضاء الاقطاعى والذى طبق على مختلف مراحل تدرجه ، هو أن الشخص لا يدان إلا بمقتضى حكم صادر من أقرانه ، وكانت له ضمانتان تهدف أولاهما إلى تحقيق الحياد فى قضاته بمنحه الحق فى ردهم قبل الحكم . وتهدف ثنتاهما الى التأكد من حسن نية هؤلاء القضاة عن طريق ماسمى بالاستئناف لفساد الحكم l'Appel de faux jugement[٢] . وكان فى حقيقته ، نوعا من تحدى القضاة الذين أصدروا الحكم ، يأخذ شكل المبارزة الحقيقية فى ميدان مغلق وتشكل نتيجتها حكم الله فى النزاع . وعن طريق ما سمى بالاستئناف لغياب القانون l'Appel de defaut de droit[٣] وكان فى حقيقته نوع من المظلمة من الوالى الإقطاعى seignenr لإنكاره للعدالة حين يترك دعواه بلا نظر أو يدع التهمة تسقط .

---

(١) انظر تفصيلا :

ESMEIN, Historie de la procédure pénale, 1882, p. 232 et. s. - TELLIER, op. cit, p. 133 et a

PEAN JASTON, Lerreure judiciaire. Thèse PARIS, 1895, p. 168 et s.

(٢) فى الطبيعة الغريبة لهذا الطريق واجراءاته انظر :

ESMEIN, op. cit. p. 25 et s. - ROHEE, op. cit, p. 12

TELLIER, op. cit., p. 135 et 136

(٣) فى اجراءات هذا الطريق

ESMEIN, op. cit,

ROHEE, op. cit, p. 12

TELLIER, op. cit, p. 138

وقد أراد البعض رد نشأة الاستئناف إلى هذين الطعنين[1] وهو رد فيه تجاوز لأن الطبيعة الحقيقية لهما لا تتجاوب فى شيء مع طبيعة الاستئناف الذى يفترض الطعن أمام قاض أعلى من حكم قاض الدرجة الأولى ، فالواقع أن النظام الإقطاعى لم يعرف الاستئناف إلا وهو على شفا الإنهيار[2] .

لكن البعض الآخر رأى أن الاستئناف لم يكن سوى تطبيق بسيط وخالص للقانون الرومانى والعادات القضائية الكنسية[3] ، فقد حل القضاء الكنسى محل القضاء الإقطاعى ، وانتهى عصر القوة والمبارزة ليحل محلها تطبيق صارم للقانون الكنسى : كان القاضى موظفا فى الأسقفية dicése وكان التنظيم القضائى الكنسى متدرجا إلى حد سمح بتعدد درجات التقاضى إلى أكثر من درجة . فكان يحمل فى الدرجة الأولى الى المطران l'Archeveque وفى الثانية إلى أسقف المقاطعة le primat وفى الثالثة إلى البابا le pape أو معاونيه . لكن الحكم كان ــ كقاعدة عامة ــ يفقد قابليته للاستئناف بصدور ثلاثة أحكام مؤيدة[4] .

وانتصرت السلطة الملكية فى نهاية القرن الثانى عشر وخلال القرن الذى يليه ، وبدأ الاتجاه نحو تركيز السلطات فى يد الملك ، وكان التنظيم القضائى ولا شك واحداً من أهم وسائلهم فى تحقيق تلك المركزية ، فانشئت البرلمانات كمنظمات

(١) انظر : Esprit de lois, XXVIII, Ch, 27, MONTESQUIEU

(٢) انظر : ESMEIN, op. cit, p. 42, - TELLIER, op. cit, p. 140
ROHEE, op. cit, p. 12

(٣) NABLY et BERNADI, - ROHEE, p. 13
مشار اليه فى TELLIER. p. 140
ويلاحظ أن HELIE, T.V., p. 300.
يرى أن الاستئناف يرتد الى هذه الوقائع جميعا

(٤) انظر TELLIER . p. 137

مستقرة ودائمة ، ومن تحتها كان Les baillis ou sénéchaux و les prévot royaux كرجال إدارة وقضاة فى ذات الوقت ، وقاموا بحرب عنيدة ضد القضاء الإقطاعى والكنسى بقصد القضاء عليه أو السيطرة ، مستغلين فى حربهم تلك جهل رجال القضاء الإقطاعى والكنسى وعدم الثقة التى كانت فى إجراءاتهم ، وكان الاستئناف بلا شك واحداً من أهم ما اعتمدوا عليه فى هذا الصدد[1] .

بدأ الملوك فى إصدار الأوامر المنظمة للاستئناف بقصد تحقيق تلك المركزية ، وأصبح بمقتضى أمر ١٢٦٠ لـ Saint Louis القضاء الملكى هو المختص بنظر الاستئناف سواء لغياب القانون أو فساد الحكم ، وأنشأ طريقا جديداً للطعن هو l'amendement du jugement en la cour de Roi يتسم فى واقعه بخصائص الاستئناف ، حيث لم يعد إهانة للقضاء ولا دعوة لقتالهم بل هو التماس موجه إلى الملك ليخفف أو يعدم آثار الحكم المطعون فيه . وكان هذا الطريق جائزاً ضد سائر أحكام القضاء الإقطاعى الأمر الذى حقق المصلحة التى كان يسعى اليها الملوك فى السيطرة على القضاء الإقطاعى .

وبدأت العدالة تأخذ شكلها المتدرج والمنظم بأمر ٢٠ نوفمر ١٥٤١ تحت سيادة François 1er. ، فأصبح البرلمان المحكمة العليا للقضاء الجنائى ، ومن تحته كان les baillis ، و sénéchaux ويختص بنظر الاستئناف فى المواد الأقل أهمية . أما القضاء الاقطاعى فلم يبق له ــ خصوصا بتأثير الحق الملكى فى اختيار القضايا التى ينظرها بنفسه ــ سوى الدعامة غير الهامة . وظلت الأوامر تتعقبهم للتقليل من اختصاصهم وإخضاعه للقضاء الملكى ، حتى كان أمر ١٦٧٠ الذى قرر فى مادته الأولى من الفصل ٢٦ اختصاص البرلمانات وحدها بنظر الالتماسات التى تقدم لاستئناف الأحكام التمهيدية والتحضيرية والنهائية أيا كانت الجهة التى أصدرتها فى الدعاوى التى تستحق عقوبة بدنية affective على أن

---

(١) انظر :

TELLIER, op. cit, p. 138 et 139
ROHEE, op. cit, p. 12

يكون المتهم — بالنسبة للدعاوى الأخرى بالخيار بين رفع استئنافه إلى البرلمان أو إلى baillis أو sénéchaux[1] .

وبهذا أصبح القضاء الإقطاعى لا يختص إلا بالمسائل القليلة الأهمية . وشكل baillis بالنسبة له قضاة الاستئناف ، لكنهم كانو فى المسائل التى تخرج من اختصاص القضاء الإقطاعى يشكلون الدرجة الأولى للتقاضى وشكل présidiaux من فوقهم الدرجة الثانية أو الثالثة على حسب ما سبق .

أما بالنسبة للدعاوى كبيرة الأهمية ، فكان استئنافها يتم أمام البرلمان وكان المفروض أن يكون حكمه صادراً كآخر درجة لكن الملك كان دائما الدرجة النهائية لأى قضاء[2] .

وهكذا يتضح كيف أن غرض الاستئناف ، سواء فى ظل الامبراطورية الرومانية أو فى القانون الفرنسى القديم ، لم يكن إعطاء المتقاضين ضمانة ضد الأخطاء المحتملة من القضاة أو الميل المتوقع منهم ، لكنه كان يهدف الى جمع السلطات القضائية المتفرقة فى المقاطعة الواحدة الى مركز يضمها ثم إخضاع القضاء الذى يغطى مختلف مقاطعات المملكة الى القضاء الملكى . صحيح أن هذا التنظيم كان من شأنه أن يخدم بعض المصالح القضائية لكن ذلك على أى حال كان نتيجة للتنظيم لا هدفا له[3] .

---

(١) راجع فى تفصيلات هذه الأوامر :

TELLIER, op. cit, p. 142 et s

(٢) انظر :

PIERRE GAUTHIER, Théorie des deux degrès de juridiction, Thèse, PARIS, 1897, p. 1 à 3

(٣) انظر :

ROHEE, op. cit., p. 12 et 13

TELLIER, op. cit, p. 148

(٣٠) ومع الثورة الفرنسية كان التنظيم القضائى محلا لإصلاح شامل ، كان من تأثيره أولا إفلات مواد الجنايات ــ لأسباب سنعرض لها من بعد ــ من نطاق الاستئناف . وكان من تأثيره ثانيا حصر درجات التقاضى فى اثنتين فقط ، ثم كان من تأثيره أخيراً أن تغيرت طبيعة الاستئناف نفسه ، فلم يعد يستلهم ذاته من اعتبارات المركزية والتوحيد بل بات ببساطة « ضمانة قضائية » تجد ذاتها فى الفحص المزدوج لنفس الإدعاء ، فى التحقيق المتتابع لنفس الواقعة فى الحكم الجديد فى صددها ، وصارت تلك الضمانة وحدها علة الاستئناف وسبب استبقاء مبدأ التقاضى على درجتين[١] .

وضمت المادة الأولى من الفصل الخامس من تشريع ٢٦ ــ ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ القاعدة العامة فى الاستئناف ، وبمقتضاها أصبح قضاة المقاطعات قضاة استئناف فى مواجهة بعضهم البعض . وبهذه القاعدة تكون المساواة السياسية بين قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية ثابتة بلا جدال ، كما يصبح غرض الاستئناف وعلته هى الفحص الجديد لذات الدعوى دون أن يبقى ما يسمح بربط الاستئناف بالهدف الذى كان فى القديم يلعبه وهو المركزية[٢]

صحيح أن هذا النص لم يعتمد حرفيا فى مواد الجنح ، حيث كانت محكمة الجنح بتشريع ١٥ – ٢٢ يوليو ١٩٧١ تتشكل من ثلاثة juge de paix وكان استئناف أحكامها يحمل أمام محكمة مشكلة من ثلاثة من juge وأن تقنين brumaire an IV وقد كانت محكمة الجنح فى ظله تشكل من juge من المحكمة رئيسا واثنين من juge de paix أعضاء ــ جعل استئناف أحكامها يتم أمام محكمة

---

(١) انظر :

ROHEE, op. cit., p. 16
TELLIER, op. cit., p. 149

(٢) انظر :

ROHEE, op. cit, p. 16
TELLIER, op. cit, p. 159

جنايات المقاطعة والمشكلة من خمسة من juge ذلك كله صحيح لكنه كما يرى البعض لا يستبعد المبدأ الذى يسيطر على الاستئناف والذى هو فى جوهره « ضمانة قضائية »[1] .

وجاء ق.ت.ج وكان الاستئناف فى ظله يحمل أمام محكمة المحافظة chef lieu بالنسبة لمحاكم الدوائر فى المحافظة arrondessements ويحمل أمام محكمة المحافظة الأقرب بالنسبة لأحكام محاكم المحافظات ، إلا بالنسبة للمحافظات التى يكون بها « محكمة ملكية » أو التى تكون المحكمة الملكية أقرب بالنسبة لها من محكمة المحافظة المجاورة فيحمل الاستئناف أمامها .

واضح إذن ، من مختلف التشريعات أن الغرض الذى صار الاستئناف يتعقبه هو إقامة مراجعة جدية وجديدة للحكم ، وصار هدف المركزية غريبا عليه ، حتى جاء تشريع ١٢ يونية ١٨٥٦ فجعل نظر الاستئناف قاصرا على محاكم الاستئناف رغبة منه فى إنشاء قضاء وحيد تكون فى خبرة قضاته وفى عددهم تقوية لضمانة الفحص المزدوج ومن ثم تضاعف من قوة وحجية الحكم الصادر منهم[2] أو كما تقول أسباب القانون : « ان حق الاستئناف لا يشكل حقيقة ضمانة جدية إلا عندما تكون المحكمة المكلفة بالفحص الثانى للدعوى أعلى بالضرورة فى السلم القضائى من المحكمة التى أصدرت الحكم المستأنف » . ذلك كان تاريخ الاستئناف وهدفه القديم والحديث .

أما عن تاريخ الاستئناف فى مصر ، فقد شهد أول تضييق لنطاقه بقانون رقم

---

(١) انظر :

ROHEE, op cit, p. 16 et 17
GRAEFF, op cit. p. 11

(٢) انظر :

TELLIER, op. cit, p. 15 et 152
ROHEE, op. cit, p. 17 et 18

٤ الصادر فى ١٢ يناير ١٩٠٥ بشأن تشكيل محاكم الجنايات وتختص بنظر الجنايات وتكون أحكامها غير قابلة للاستئناف . ثم صدر قانون تحقيق الجنايات المختلط فى عام ١٩٣٧ وجعل الفصل فى المخالفات والجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وبالغرامة التى لا تزيد على عشرة جنيهات من اختصاص المحاكم الجزئية ، أما بقى الجنح فكانت من اختصاص المحكمة الابتدائية وكانت أحكامها لا تقبل الاستئناف (م ٢١٠ ، ٢٢٠ من ق.ت.ح المختلط) ، وصارت الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية غير قابلة للاستئناف **إلا إذا** كانت صادرة بغير الغرامة . (م ٢٤٧)[١] .

(١) انظر فى تفصيلات هذا التاريخ : على زكى العرابى جـ ٢ ص ١١٥ وما بعدها . ويلاحظ أننا استبقينا موقف الفقه المصرى من الاستئناف الى موضعه فى الفصل التالى .

الفصـــل الثالث

الخـطأ المحـتمل كأســاس

للطعــن بالاســتئناف

(٣١) الانقسام الفقهى بين النظرية التاريخية وضمانات سلامة الحكم
(٣٢) الضمانات الناتجة من الفحص المتعاقب لنفس الادعاء
(٣٣) الضمانات الناتجة من علوية قضاء الاستئناف
(٣٤) الموقف المختار
(٣٥) عمومية الاستئناف
(٣٦) بعد قضاة الاستئناف عن أسباب التأثير المحلى
(٣٧) نفعية الاستئناف فى توفير الامن القضائى
(٣٨) الاستئناف واعتبارات العدالة
(٣٩) نفعية رقابة الاستئناف
(٤٠) الاستئناف وتقوية حجية الشىء المقضى فيه
(٤١) الاستئناف ووحدة التفسير الجزئى
(٤٢) الاستئناف وسرعة التجريم واطالة الاجراءات
(٤٣) موقفنا الشخصى .

---

(٣١) يعتبر أساس الاستئناف — بحق — من المسائل الشائكة التى انقسم بصددها الفقه انقساما بينا وقويا كان له تأثيره على الموقف الذى اتخذته مختلف التشريعات حيال تنظيم الاستئناف من جهة وعلى الموقف الذى اتخذه معظم الفقه الجديث تجاهه . فلم يزل مبدأ التقاضى على درجتين مسلما به فى معظم التشريعات ولدى غالبية الفقه بتأثير الحجج التى يستند اليها دعاته ، لكن **هذا**

الاعتراف لم يعد قط تاما تأثراً بالحجج التى يعتمد عليها خصومه ، فعمدت التشريعات الى التضييق من نطاقه وسط ترحيب عام من الفقه ، الأمر الذى يدعو الى البحث عن ماهية هذا الأساس وتأييده أو طرحه ، وما يتقضيه هذا أو ذاك من حلول .

يقوم الاستئناف على أساس فكرة « الحكم الأسلم » منظوراً الى الحكم الصادر فى الاستئناف ، أو على فكرة تصحيح « الخطأ المحتمل » إذا توجهنا فى البحث على أساسه إلى الحكم الصادر من الدرجة الأولى وهو الأسلم . وهو بهذا الأساس ضرورة لا تحتمل المنازعة فالفحص الثانى الذى يقوم به قضاة الاستئناف من جديد لنفس الدعوى ، يتسم بحكم ترتيبه الزمنى وخبرة القائمين به وعددهم بدقة أكثر وعمق أبعد من الفحص الأول فأمام الاستئناف يتخلص الخصوم عادة من الثرثرة وسائر المشاكل القانونية أو الافتراضية ويتركز مجهودهم نحو نقطة أو نقاط محددة هى ما أفلت — أو ما تصوروا أنه قد أفلت على قضاة الدرجة الأولى الإمساك به ، أو ما أساءوا أو ماتصوروا أن قضاة الدرجة الأولى قد أساءوا تقديره ، وفى هذا ولا شك ما يعمل على جمع وعى وانتباه قضاة الاستئناف ، فيصلون الى معرفة أقرب وأضبط للحقيقة . وقضاة الاستئناف فى نظرهم له يشعرون أنهم أمام نوع من الفضيحة dénonciation فينظرونه بنوع من الاحترام الدينى . ثم أنه فى هذا الفحص الثانى تكون أمام الخصم فرصة فى التمسك بما لديه من دفاع أو أوجه دفوع أهمل أو أخطأ فى عدم التمسك بها أمام قضاة الدرجة الأولى . وبذلك يكون أمام قضاة الاستئناف الفرصة لاصدار حكم أفضل تصحح فيه سائر الأخطاء التى يحتمل وقوع قضاة الدرجة الأولى فيها سواء فى القانون أو فى الواقع أو مجرد القضاء السيىء .

إن إنكار احتمالات الحكم الأسلم بعد الفحص الاستئنافى للدعوى إنما هو إنكار للمجهود العقلى le travail de l'esprit وتشكك فى فعالية القانون l'efficacité du droit الذى لا يسلم سره — شأن كل العلوم — الا بعد الجهد ،

ورفض لقيمة رد الفعل فى موضوع جسيم كما يرى البعض[1] .

لكن خصوم الاسئناف لا يرون فيه ضمانة قضائية تهدف الى تصحيح الأخطاء المحتملة فى الحكم الابتدائى ، وإنما محض ناتج تاريخى مخصص لحل مشكلة لم تعد موجودة وهى المركزية والتوحيد . والواقع أن تاريخ الاستئناف كان شؤما عليه فقد اندمغ فى أذهان خصومه بهدفه التاريخى وصار ناتجا مخصصا لحل مشكلة المركزية فاذا ما تلاشت تلك المشكلة فان الاستئناف وهو ناتج مخصص لحلها ينبغى أن يندثر معها .

فقد نشأ الاستئناف تاريخيا ــ فى نظر خصومه ــ فى الوقت الذى توسعت فيه الشعوب فى أراضيها وبات خلق الادارات فيها أمرا ضروريا واتجهت نحو التدرج والمركزية ، فنشأ الاستئناف ولعب دوره الذاتى فى تجميع مختلف إدارات العدالة وتحقيق المركزية فى يد سلطة واحدة . وما نشأ فى فرنسا إلا كوسيلة سعى بها الملوك إلى التغلب على سلطة القضاء الاقطاعى وتجميع مختلف إدارة العدالة فى أيديهم هو إذن تنظيم سياسى أو إدارى بأكثر مما هو تنظيم قضائى ، ودوره الذاتى والرئيسى هو الوفاء بالحاجة التاريخية فى تحقيق المركزية والربط بين مختلف أعضاء التدرج ، لكنه سار مع الزمن جيلا بعد جيل دون تسائل عن قيمته ومدى تجاوبه مع الحاجة الجديدة[2] . أو كما قال البعض أن الشعوب الحديثة وقد سلمت ــ

(١) انظر :

PICOT, La réforme judiciaire, 1881, p. 238 et 239 .

(٢) PIERRE - JOSEPH - MARCEL FOURNIER : Essai sur l'histoire du droit d'appel en droit romain et en droit français, Thès, PARIS, Sp. p. 356 et s.

MICHEL GARAPIN, Etude critique sur l'appel en matière repressive , Thèse PARIS, 1941 , p. 88 et 89

EDMONO LECAISNE, Historique de l'appel, de ses effets devolutif et suspensif de l'exécution provisoire, Thés, CAEN , 1868 , p. 54

بشيء من التصلب — بضرورة إنشاء درجات متعددة للتقاضى **كشرط أساسى** لحسن سير العدالة . هذا التسليم لم يكن سوى ثمرة الحكم المسبق **préjugé** بصدد الاستئناف والذى بات فى أذهانهم نوعا من الوعى الجماعى ووقر فى قلوبهم كالدين دون أن يتأسس هو ذاته على سبب جدى ، — خطأ كشأن كثير من الأخطاء — تأيد بفعل القرون[1] ، أو كما يقول آخر أنه لولا العادة **l'habtiude** لاندثر الاستئناف كتنظيم مخالف للطبيعة[2] ومن ثم فالاستئناف فى نظرهم ، لا يكون ضروريا ونافعا إلا فى البلاد التى لم تزل فى طور التوحيد والمركزية لكنه يفقد شرعيته وأساسه فى البلاد التى تخيرت اتجاها آخر ، أو تجاوزت التوحيد والمركزية[3] .

والواقع أن فى هذا النقد اصرار على ادانة الاستئناف بأى ثمن ، لأنه وأن كان من الصعب تاريخيا البحث عن هدف آخر للاستئناف سوى المركزية ، فان هذا الهدف قد اندثر تماما ليحل محله آخر لا يتعقب الاستئناف سواه[4] .

هذا الهدف هو تصحيح الأخطاء المحتملة فى الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى وهو بهذا المعنى ضمانة قضائية هدفها سلامة الحكم ، لكن عداة الاستئناف تناولوا هذا الهدف هو الآخر بالنقد ، معتمدين فى ذلك على دعامتين متكاملتين : الأولى ومقتضاها انه إذا كان الاستئناف يقوم على اساس احتمال

---

(١) **PERENGER** : Rapport à l'Académie des Sciences Morales et Politiques de l'institut de France sur la suppression du deuxième degré de juridiction (Rapport lu aux Science de l'Académie le 21 fév. et 18 juin 1835)

(٢) **PRINS**, op. cit, p. 133

(٣) انظر : **FOURNIER**, op. cit, p. 356 et s.

(٤) انظر ما سبق فى الفصل الأول ، وانظر :

VITU, Traité , op cit, p. 1167
GARAPIN, op. cit, p. 106
HELIE, Traité , op. cit, p. 6 et s
TELLIER, op cit, p. 155

وقوع قضاة الدرجة الأولى فى الخطأ ، وعلى فرصة قضاة الاستئناف فى ادراك الحكم الأفضل ، فليس ثمة دليل على أفضلية حكم قضاة الاستئناف ، لأنهم غير معصومين — شأن قضاة الدرجة الأولى — من الخطأ ، وهذا هو السبب فى خطأ منح الشعور باليقين نحو حكم محكَمة أيا كانت . فضلا عن ذلك فان تعدد الأحكام فى الإدعاء الواحد من شأنه أن يعطى الفرصة لتنوع الحقيقة القضائية وتفاوتها وهو أمر خطير . وأخيراً فان أفضلية حكم الاستئناف من شأنه أن يقلل من هيبة احترام قضاة الدرجة الأولى[1]

والواقع أن هذا النقد فيه مغالطة ، فقد رفضوا فكرة القضاء الأسلم اعتماداً على مقدمة لم ينازع ولم يعتمد عليها أحد ، وهى عدم عصمة قضاة الاستئناف ، فأحد من دعاة الاستئناف لم يقمه على أساس عصمة هؤلاء القضاة وإنما على محض فرصتهم الأفضل فى إدراك الحقيقة ، الأمر الذى لا بد من توفيره امتثالا لأوامر القانون الطبيعى الذى يدفعنا ويلزمنا بأن نندفع نحو الأمثل وإن اخفقنا فى إدراكه[2] . فالفحص الجديد للدعوى بحكم ترتيبه الزمنى ونوعية القائمين به —

---

(١) ترتد الفكرة أساسا الى ULPIEN

مشار اليه فى Fournier, op. cit, p. 348

وانظر كذلك p. 349 et 350

وانظر :

TELLIER, op. cit, p. 154

LEONCE, op. cit, p. 441

ROHEE, op. cit, p. 19

LE CAISNE, op. cit, p. 4

GAUTHIER, op. cit, p. 185

PRINS, op. cit, p. 172

(٢) انظر :

LECAISNE, op. cit, p. 55 .

LEONCE, op. cit p. 442

عددهم وخبرتهم الطويلة فى العمل القضائى ـــ يعطيه دقة أكثر وبعدا أعمق فتتحقق بذلك الفرصة فى الوصول إلى معرفة أقرب وأضبط للحقيقة .

ومن ناحية أخرى فليس فى الاستئناف ما يدعو للانزعاج من تعدد الحقيقة القضائية وتفاوتها ، لأن القضاء لا يقول كلمته أى الحقيقة التى استخلصها إلا بعد الاستئناف ففيه ـــ كما تدل الكلمة ـــ يواصل القضاء البحث عن تلك الحقيقة . كما أن الاستئناف لا يحمل قط تجريحا لقضاة الدرجة الأولى ولا تقليلا من هيبتهم لأنهم أنفسهم كانوا يصدرون الحكم الأسلم لو أتيحت لهم فرصة قضاة الاستئناف .

فإذا ما أنهارت دعامتهم الأولى على هذا النحو ، دفعوا بالدعامة الثانية ومقتضاها أن القانون الطبيعى يدفعنا الى توفير الفرصة من البداية للحصول على حل متوازن وسريع فى الإدعاء المعروض ، وهذا ما يدفعنا الى توجيه اهتمامنا الى قضاة الدرجة الأولى فنوفر فيها من البداية فرصة الاستئناف ونشكلها من قضاته[1] .

ونكتفى بشأن الدعامة الثانية بأن نثبت استحالتها العملية ، برغم البساطة الشديدة فى تقريرها النظرى ، كما سوف نراه .

والواقع أنه بعد إثبات التجاوز فى النظرة التاريخية للاستئناف ، من جهة ودفع الانتقادات الموجهة الى فكرة الحكم الأسلم من أخرى ، يمكن أن نقرر صلابتها المبدئية ونناقش بالتالى الأسباب التى تستقيم عليها تلك الفكرة .

وتتحقق تلك الفكرة لدى البعض نتيجة « الفحص المتعاقب » لنفس الإدعاء .

---

(١) انظر هامش (٢) صفحة ١٤٥ من هذه الرسالة

فالتحقيقان المتعاقبان لنفس الواقعة والفحص المزدوج لذات الإجراءات ، والحكمان الصادران واحدا بعد الآخر فى نفس الادعاء هما السبب الوحيد الذى يقوم عليه مبدأ التقاضى على درجتين فى التشريعات الحديثة والأساس الوحيد لتنظيم الاستئناف كضمانة بالغة الفعالية فى إدراك عدالة أكثر يقينا وحكما أكثر سلامة . لايرتد الاستئناف إذن لا إلى الرغبة فى سيادة قضاة الاستئناف ولا إلى الحاجة فى إضعاف القضاء الأدنى ، ولا يسعى الى إعلاء سيادة السلطة المركزية فالعقيدة الوحيدة ، التى يستقيم عليها هى خلق مراجعة جدية وكاملة للحكم الابتدائى ، فاذا تصادف وكانت محكمة الاستئناف ، بفعل عددها أو الدرجة التى تحتلها فى التنظيم القضائى ، أعلى من محكمة الدرجة الأولى ، فان هذه العلوية لا تؤثر فى المساواة القائمة بين محكمة الدرجة الأولى وبين محكمة الاستئناف ، فى الاختصاص : فلكل منهما ذات السلطة وذات الحجية ، وأنه لئن كان لمحكمة الاستئناف حق إلغاء الحكم الابتدائى فذلك لأنه لا يمكن أن يستمر فى وجوده من وقت صدور الحكم الثانى لدى البعض ، أو لأنه يصدر من قضاة أكثر عددا بعد فحص جديد — يكون فى ذاته رقابة وضمانة لحكم القاضى الأول — وبحكم ترتيبه أكثر إحكاما وتركيزا من جانب الخصوم ، حو ما فات أو ما أساء قضاة الدرجة الأولى تفسيره لدى آخرين . واستندوا فى تسنيد هذه النظرية على ما قررته المادة الأولى من الفصل الخامس من تشريع ١٦ — ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ والذى قرر اعتبار قضاة المقاطعات قضاة استئناف بعضهم بالنسبة للبعض الآخر ، على ما عرضناه فى المقدمة التاريخية[1] .

---

(١) انظر فى هذه النظرية :

HELIE, Traité op. cit, T. 6, N. 2982
2983 et T. 8, p. 6. et s.
PICOT, op. cit, p 239
H. BOUCHER, Discours de l'audience sollennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Paris, du 3 Nov, 1881 .

وانظر فى عرضها :

PRINS, op. cit, p 124 et 125
GARAPIN, op. cit., p. 83

لكن هذه النظرية تعرضت للنقد الشديد . فقيل ابتداء ، انها إذا استطاعت أن تفسر تشريع ١٦ - ٢٤ أغسطس ١٧٩٠ فانها قاصرة عن تبرير النظام الذى اعتقده المشرع الفرنسى بتشريع ١٣ يونيه ١٨٥٦ والذى اعتمد من بعد عالميا وهو تركيز الاستئناف فى يد محاكم مخصصة له هى محاكم الاستئناف . كما أنها تتعارض مع أسباب هذا التشريع والتى جاء فيها صراحة أن الاستئناف لا يشكل ضمانة جدية الا اذا كانت المحكمة المكلفة بالفحص الثانى أعلى بالضرورة فى السلم القضائى .

وواضح أن هذه النظرية ، تقصر ضمانة الاستئناف على « الفحص المزدوج » فقط وتنفى وبشدة أن هذا الفحص يتم أمام قضاة أعلى ، فكان ذلك النفى نقطة الضعف فى النظرية ، فقال عداته أنه من المغالاة الاعتقاد بأن الفحص الثانى يقود إلى حكم أكثر يقينا ، فالاستئناف ليس الا فحصا ثانيا للدعوى ، هو طعن يمكن به هدم حكم محكمة الدرجة الأولى . لماذا ؟ لاحتمال الخطأ فيه . والسؤال هو لماذا إذا كان حكم محكمة الدرجة الأولى يصحبه الشك فى احتمالات الخطأ ، يكون الحكم الاستئنافى اكثر يقينا فى بلوغ الحقيقة ؟ هب أن محكمة الدرجة الأولى أصدرت حكمها بإدانة المتهم ثم برأته محكمة الاستئناف بالأغلبية ، فما الذى يدعو إلى تغليب الحكم الاستئنافى — وهو صادر بصوتين — على الحكم الابتدائى وهو الآخر صادر بصوتين — وهما صوت قاضيه وصوت القاضى الذى لم يوافق على البراءة فى الاستئناف ما الذى يدعو الى تغليب صوتين على صوتين . هل هذا هو اليقين ؟ هل تلك هى الحقيقة ؟

وجدير بالذكر أن الأمر يصبح أكثر شذوذا إذا كانت محكمة الدرجة الأولى تتشكل هى الأخرى من ثلاثة وكان الحكم صادرا منها بالإجماع وجدير بالذكر أن اشتراط الإجماع فى حكم الدرجة الثانية لا يزيل هذا الشذوذ ، ولا يؤدى إلى اليقين لأن معناه أن قاضيا واحدا من قضاة الاستئناف يستطيع أن يقرر مصير الدعوى وهو شذوذ جديد[1] .

(١) كما فعل المشرع المصرى فى المادة ٤١٧/٥ من ق.أ.ج « ولا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا الغاء الحكم الصادر بالبراءة الا باجماع اراء قضاة المحكمة » .

وقالوا من جهة أخرى أنه إذا كان الفحص المتعاقب يحقق ضمانة اليقين تلك ، فلماذا تتوقف درجات التقاضى على درجتين ؟ ثم أليس منطقيا إذا سلمنا بالمساواة بين الدرجتين الأولى والثانية أن ننشىء قضاء ثالثا يكون له حق التقرير النهائى عند التعارض[1]

والواقع أننا نوافق على هذا النقد فى مجموعه ، فالاستئناف لا يستقيم فقط على الفحص المزدوج وأن شكل هذا الفحص جانبا من أساسه ، لكننا فى نفس الوقت نقدر الدوافع التى كانت وراء هذه النظرية وتعلقها بالفحص المزدوج مع النفى القاطع لعلوية قضاء الاستئناف ، لأن هذا النفى كان فى الحقيقة نفيا لشبهة يمكن أن يتلقفها خصوم الاستئناف ليقولوا على أساسها أن تلك العلوية ليست سوى سيادة محاكم الاستئناف على محاكم الدرجة الأولى : ليست سوى تجميع إدارات القضاء فى يد واحدة ، انه الهدف التاريخى لا يزال .

هذا من جهة ومن أخرى فقد قالوا أن الفحص الثانى للدعوى يتم بشروط وفى ظروف لا تكفل ـــ على الأقل كالفحص الأول ـــ للحكم طريق اليقين لأن هذا الفحص يخضع أمام قضاء الاستئناف لإجراءات غير منطقية مع هدفه ومتعارضة مع خصائص التحقيق النهائى وما يتطلبه مبدأ شفهية المرافعات ، ولذلك فان قضاته فى الواقع فى موقع يستحيل علينا فى ظله أن ننتظر من حكمهم يقينا أكثر من الحكم الأول .

فاذا كان الاستئناف يجد ضمانته فى الفحص الثانى ، فقد كان ينبغى أن يكون مراجعة جدية وشاملة لسائر اجراءات التحقيق التى قام بها قضاة الدرجة الأولى ولما كانت هذه الأعادة لا تحدث قط أمام محكمة الاستئناف لأنها كما يقال

---

(١) انظر فى هذا النقد جملة :

PRINS, op. cit, p. 127

GARAPIN, op. cit, p. 93 et 94 et 95

ـــ محمود مصطفى ، ص ٥٥٠

« محكمة أوراق » . — م ٤١١ ق.أ.ج مصرى — غير ملزمة بإجراء تحقيق فى الجلسة إلا إذا كان تحقيق أول درجة ناقصا[(١)] . ولذلك فانها تستقى حكمها — بحسب الأصل — من محاضر التحقيق الابتدائى ومستندات التحقيق أمام الدرجة الأولى ويكون من التجاوز اعتبار هذه المراجعة المختصرة ضمانة لليقين ، لاسيما إذا كان واضحا أن الحكم الجنائى يستقيم أساسا على اقتناع القاضى على ضوء ما يجرى أمامه وتحت قيادته من تحقيق فى حضور الخصوم ، على نحو ما يجرى فى الفحص الأول . وهذا معناه أن حظ قاضى الدرجة الأولى فى بلوغ الحقيقة أوفر من حظ قاض الاستئناف لأن التحقيق الأول يمكنه من إقامة اقتناعه على الملامسة الحية للدعوى واستكشاف الحقيقة فيها الأمر الذى قد يبلغه بحركة أو موقف أو عبارة تحدد فى هذا الاتجاه أو ذاك دلالة دليل معين من أقوال الشاهد أو المتهم . أضف إلى ذلك أن تقدير العقوبة ، على ما تتطلبة مقتضيات التفريد ، لا يمكنه بلوغه دون التعامل الحسى مع المتهم الأمر الذى لا يوفره الفحص الثانى ولا الأوراق[(٢)] .

(١) انظر : المرصفاوى ص ٩٤٧ وما بعدها — محمود مصطفى ص ٤١٦ — رؤوف عبيد ص ٥٥٨ — فتحى سرور ص ٥٨٠ — عمر السعيد رمضان ، مبادىء قانون الاجراءات ، ١٩٦٨ ص ٤٠٥ والمادة ٤١٣ من ق.أ.ج المصرى .

(٢) انظر فى تفصيلات هذا النقد :

ROHEE, op. cit, p. 19

GARAPNI, op. cit, p. 96

وعلى وجه الخصوص :

P. HEBRAUD, L'Effet desvlutif et évocation .

La règle de double degré de juridiction, Dans : Etude de Droit Judiciaire sous la direction des instuts d'Etude Judiciaire, Tome 1 , Aix - en Provence, 1963, p. 169 et s.

ROHEE, op. cit, p. 20

ويقرر أن مشكلة الاستئناف الحقيقية أنه يشكل حكما جديدا لا فحصا جديدا .

وانظر : العرابى جـ ٢ ص ١١٤ — القللى ص ٤٨٥ — محمود مصطفى ص ٥٥٠ — عبد الوهاب حومد ص ٦٨٧

ولا شك فى سلامة هذا النقد فى جملته وتفصيله لكنه لا يؤدى أبداً إلى إدانة الاستئناف وإن أدان إجراءته[1] . فهو إن صح دعوة إلى النظر فى إجراءات الاستئناف لا فيه هو ذاته ، ليصبح مراجعة جدية وكاملة تماما للدعوى ، وذلك على أى حال موضوع آخر .

(٣٣) هذا عن نظرية الفحص المتعاقب ، لكن البعض الآخر يرى أن الحكم الأسلم يتحقق نتيجة « علوية قضاة الاستئناف » فالاستئناف طريق من طريق الطعن ، يطلب المستأنف بمقتضاه من القضاء الأعلى le juge supérieur إصلاح الأخطاء التى يدعى وقوعها من القاضى الأدنى le juge inférieur . فهو بهذا المعنى يفترض قضاء أعلى يقدم ضمانات أكثر مما يقدمها قضاء الدرجة الأولى ، هذه العلوية هى الضمانة الأساسية والعلة الحقيقية للاستئناف[2] .

أو كما تقول أسباب تشريع ١٥٨٦ ان الاستئناف لا يشكل ضمانة جدية إلا إذا كانت المحكمة المكلفة بنظرة أعلى بالضرورة فى السلم القضائى من محكمة الدرجة الأولى .... هذه العلوية ، كما يوضحها التقرير الذى صاحب

---

(١) قارن : ROHEE, op. cit, p. 20

(٢) انظر التعريف المعطى من : GARRAUD, Traité , T. V. op cit , p. 10
BOUZAT, Traité , op. cit, p. 1406

وانظر : LE CAISNE, op cit, p. 58
ROHEE, op. cit, p. 21
GARAPIN, op. cit, p. 86 et s
VITU, Traité op. cit, p. 1167
LEVASSEUR, p. 91 & p. 221 et 59
DE VABRE, Précis, op. cit, p. 396
LARGIER, op. cit, p. 118

وجدير بالذكر أن GARAPIN . قرر ص ٨٧ جـ ٦ ، أن المناقشات التى تمت فى الجميعة التشريعية فى جلستها المنعقد فى ١٥ مايو ١٨٩٦ أبرزت اجماعا على مبدأ علوية محكمة الدرجة الثانية .

القللى ص ٤٨٥

« ديكرتو » ٢٥ يونية ١٥٣٤ بشأن تخفيض عدد قضاة الاستئناف إلى ثلاثة بقوله : « انه يكفى أن يجتمع ثلاثة قضاة لهم من خبرتهم الأطول والأعمق عن قضاة الدرجة الأولى وأن يتداولوا معاً لكى تظهر لهم مختلف أوجه الدعوى ويمكنهم تشكيل حكم أكثر دقة ويقينا »[١]

وتجد هذه العلوية مصدرها فى عدد قضاء الاستئناف وخبرتهم فى التدرج القضائى .

والتسليم بعلوية محكمة الاستئناف لا يعنى قط سيادة محاكم الاستئناف لأن استقلال القضاء بعضه عن بعض مبدأ مسلم به ، ويتنافى مع فكرة التدرج بين المحاكم فى ممارسة الوظيفة القضائية ، لكنه ليس معنى أن قضاة الدرجة الأولى يستقلون تماماً فى مباشرة وظيفتهم القضائية عن قضاة الاستئناف ، ان حكمهم يفلت هو الآخر من رقابتهم[٢]

وعلوية محاكم الاستئناف لا تقتصر على نوعية وعدد قضاتها وإنما تشمل كذلك نوعية معاونيها . فان درجة معينة من الخبرة يشترطها القانون فى رجال النيابة العامة لدى محاكم الاستئناف وفى المحامين المقبولين للمرافعة أمامها ولا شك أن ذلك يلعب هو الاخر دوره فى عمق وتركيز التحقيق الاستئنافى[٣]

ولم يرض عداة الاستئناف بهذه العلوية ولا بالضمانة الناتجة عنها ، وهاجموها بطريقة استفزازية ، إن جاز استخدام التعبير — فقالوا أنه إذا كان قضاة الاستئناف يصدرون أحكاما أسلم لأنهم أكثر خبرة وعددا ، فلماذا لا تشكل

---

(١) انظر :

Journal Officiel, 26 Juin, 1934

(٢) انظر :

PETER NEU, op. cit, p. 43

(٣) :

GARAPIEN, op. cit, p. 88

محاكم الدرجة الأولى من البداية عنهم[1] ؟ لماذا نصر على اعتناق النظام الذى يتضمن فى عموده الفقرى تفاوتا فى قضاته وتميزا فى معاملة مواطنيه ؟ : أقل القضاة خبرة لجمهور المتهمين ، وأعرقهم فيها لطوائف المتهمين التى شاءت نزواتهم أو صدفة استخذام النيابة لحقها فى الطعن أن تصل دعواهم إلى قضاة الاستئناف . لماذا لا نعطى لكل المتهمين القضاة الأكثر خبرة ؟ ونتلافى التطويل العقيم للاجراءات والمصاريف ونخلص العدالة من فرص تناقضها وعدم اليقين فى بعض أحكامها . إن مراجعة حكم محكمة الدرجة الأولى دون خطأ ثابت فى الواقع أو فى القانون ، إنما هو إضاعة لاعتبارهم وزعزعة لهيبة أحكامهم ، ألا ترى أنه إذا تأيد الحكم فقد الاستئناف علة وجوده ، وإذا ألغى ألا ترى أن محكمة الدرجة الأولى تصبح مجرد حيلة fiction[2] .

والواقع ان هذا الرأى برغم البساطة النظرية فى تقريره يقع من الناحية العملية فى دائرة المستحيل ، فإلغاء محاكم الدرجة الأولى وتشكيلها من قضاة الدرجة الثانية يعنى فى وجهة الحقيقى إلغاء محاكم الاستئناف لتصبح سائر المحاكم على قدم المساواة وسائر الاحكام نهائية . والسؤال كيف يمكن فى مثل هذا الوضع أن تشكل محاكم الدرجة الأولى من قضاة على ذات المستوى من الخبرة ؟ ثم من أين تأتى الخبرة إذا كان العمل القضائى ذاته هو سبيل بلوغ الخبرة ؟[3] . هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التنظيم القائم لا يتضمن تفاوتا فى قضاته لأن قضاة الدرجة

(١) انظر :
BERNEGER, Rapport ..... , op. cit
GARAPIN, op., cit, p. 104 et 105
PRINS, op. cit, p. 128
ـــ العرابى جـ ٢ ص ١١٣ ، ١١٤ ـــ عمر السعيد ٥٦٨ ـــ عبد الوهاب حومد أصول المحاكمات الجزائية ١٩٥٧ ، ص ٦٨٧ .

(٢) انظر :
FOURNIER, op cit., p. 350 et 324
TELLIER, op. cit, 154.
PRINS, op. cit., p. 124 et 129

(٣) انظر :
GAUTHIER, op. cit., p. 180
ROHEE, op. cit. p. 2
GARAPIN, op. cit., p. 150

الأولى جميعا على ذات المستوى من الخبرة وكذلك قضاة الاستئناف كما لا يتضمن تميزا بين مواطنيه لأنه يمنح فرصة الاستئناف للجميع ، والواقع أن هذا النقد فى مجموعه لا يخلو من اللعب بالالفاظ .

أما عن هيبة قضاة الدرجة الاولى — برغم كراهيتنا لهذه الحجة لفراغها من المضمون — فنعتقد أنها لا تمس إذا ما تأيد حكمهم كما إننا نعتقد بأن أحدا ليس من حقه أن يدافع عنها إذا ثبت خطؤه وألغى الحكم .

كانت تلك نظرية القضاء الأعلى .

(٣٤) وحقيقة الأمر أن الاستئناف — كما يرى البعض بحق — يرقد على تلك النظريات جميعا فى مزيج واحد . انه ليس فقط ضمانة قضائية تهدف الى تصحيح الأخطاء المحتملة فى حكم الدرجة الاولى بإصدار حكم جديد أسلم عن طريق إخضاع الدعوى لفحصين متعاقبين ، أو إعادة نظرها أمام قضاة أكثر عددا وخبرة . كما انه ليس فقط تنظيما اداريا أو سياسيا تطور عبر القرون واستخدم لتحقيق أغراض أخرى غير الحكم الأسلم . لكنه الثلاثة معا فى مزيج يشكل الاساس الحقيقى له : هو ضمانة قضائية ممنوحة للخصوم ، ضد الأخطاء المحتملة أو القصور المتوقع فى حكم الدرجة الاولى ، ضمانة تنتج من « الفحص الجديد » للدعوى من « قضاة أعلى » ، وهو فى نفس الوقت تنظيم يساعد على ضمان وجود التفسير الجزئى للقانون فى الدولة ويساعد على تحقيق التوازن فى إدارة القضاء[1] .

(٣٥) ذلك هو الانقسام الذى اتخذه الفقه تجاه الاستئناف والدوافع الحقيقية اليه . ومن بعده دخل دعاة الاستئناف وعداته فى حوار بالحجج الجانبية التى أراد بها كل منهم أن يدعم موقفه المتخذ سلفا من الاستئناف .

---

(١) GARAPIN, op. cit. p. 90

فكانت أولا الحجة المستخلصة من عموميته .

ومقتضاها أن الاستئناف يجد تبريره فى عموميته ، والإجماع المستند عليه خلال مختلف حقب التطور . فتنظيم ما لا يعقل أن نقابله لدى معظم الشعوب وخلال مختلف حقب تطورها ، إلا إذا كان يقدم بلا أدنى شك ، ضمانات جدية تبرر وجوده واستمراره[1] .

لكن تلك الحجة لم تكن كافية فى نظر عداته .

لأن وجوده فى التاريخ لم يكن قطعا فى مختلف حقب التطور ، فروما لم تعرفه إلا بعد أن عرفت التدرج القضائى الذى سمح بنشأة قاض أعلى لاستئناف حكم القاضى الأدنى ، كما أنه لم يلق تطبيقه فى فرنسا إلا بعد أن رأى فيه الملوك وسيلة ملائمة لتحقيق أهدافهم فى التوحيد والمركزية ، ولذلك نراه فى تاريخها وقد تعددت درجاته بقدر ما كان بين الملك وبين الدرجة الدنيا من درجات إلى أن انحصر فى اثنتين بتشريع ١٨٧٠ .

ولأن مثل تلك الحجة لا يمكن اعتمادها إلا بافتراض مقدمة لا يمكن التسليم بها ، وهى أن التنظيم الذى عرفه شعب معين يكون قابلا من حيث المبدأ للتطبيق على الشعوب الأخرى . وأن التنظيم الذى تعرفه أمة معينة يظل ثابتا غير قابل للرفع أو التنوع بعبارة أخرى لا تكون هذه الحجة حاسمة إلا إذا ثبت معها ثبات الحاجات التى دفعت إلى وجوده فى ذات الأمة وبين مختلف الأمم . لكن هذه الحجة تفقد معناها عند من يعتقد بأن التنظيم الذى يتفق مع حاجات شعب معين فى مرحلة معينة من تطوره لا يمكن أن يتلاءم مع هذا الشعب نفسه فى مرحلة أخرى ولا مع شعب آخر لم يصل الى تلك المرحلة بعد أو وصلها وتجاوزها

(1) PISON DE GLAND
Fournier p. 344
ومناقشات الجميعة التأسيسية بجلسة ٢٠ مايو ١٧٩٠ المذكورة عنده .

ثم أن التنظيم الحالى للاستئناف لم يعد يتجاوب مع حجة العالمية تلك فهو منكر فى مواد الجنايات وبعض المخالفات ، منكر فى القضاء الخاص والقضاء العسكرى[1] .

والواقع أن فى هذا النقد مغالاة ، لأنه لا يقصد بالعمومية أن الاستئناف قد وجد فى كل يوم من أيام تاريخ الشعوب حتى يدفع فى وجهه بحقب استثنائية لم يتحقق فيها . كما أن عموميته هى ذاتها التى تثبت ثبات حاجاته مع الزمن ، أما عن نكران الاستئناف فى بعض المواد ، فليس عيبا فى الاستئناف ، وموقف المشرع من تنظيم ما لا يصلح حكما على سلامته .

(٣٦) وكانت ثانيا الحجة المستخلصة من بعد قضاة الاستئناف عن أسباب التأثير المحلى :

ومقتضاها أن قضاة محاكم الدرجة الأولى بحكم قربهم الشديد من المتقاضين يكونون أكثر عرضة لأسباب المصلحة أو الميل أو الحقد أو غير ذلك من أسباب التأثير المحلى ، وفى الاستئناف تكمن ضمانة المتقاضين ضد تأثيرات تلك الاسباب التى يفلت قضاة الاستئناف منها بسهولة بحكم بعدهم عن المتقاضين[2] .

وتعرضت تلك الحجة بدورها للنقد ، فقالوا بأن الإنطلاق من مقدمة مقتضاها أن قضاة الدرجة الأولى أقرب الى الوقوع فى الفساد ، من قضاة

---

(١) انظر :

GARAPIN, op. cit., p. 107 et 108
OURNIER, op. cit., p. 346 et 347
GAUTHIER, op. cit, p. 183 et 184

(٢) انظر فى الحجية :
فى المناقشة السابق ذكرها مشار اليه فى: Barnave
Fournier, op. cit, p. 344
وانظر كذلك GAUTHIER, op. cit, p.

الاستئناف ، قول فيه تشاؤم ، فالقاضى السيىء موجود فى الدرجتين بلا ادنى شكل . وهذا القول صحيح لكنه لا يقلل من قيمة الحجة المذكورة لأنه يبقى أن القاضى السيىء فى الدرجة الأولى يتعرض أكثر من القاضى السيىء فى الدرجة الثانية — وليس وحده الذى يصدر الحكم — لأسباب التأثير المحلى .

وقالوا أنه إذا سلمنا بأن قضاة الدرجة الأولى أقرب الى الوقوع ضحايا تلك التأثيرات ، فهل يفلت منها قضاة الاستئناف بالنسبة للمدن التى تكون فيها محاكمهم ؟ ثم هل يفلتون — إذا أدركنا مراكزهم فى التدرج القضائى ، وأعمارهم وتطلعاتهم — من التأثيرات السلطوية وهى على نفس الدرجة من السوء ؟ ولهذا التساؤل وجاهته .

ثم قالوا : ان قلب هذه الحجة يدين الاستئناف ولا ينصفه ، لأن احتكاك القاضى الجنائى مع « الواقع » يحقق ضمانة هامة لتطبيق الإتجاه الحديث فى تفريد العقوبة[1] . لكن الواقع أن تفريد العقوبة لا يحتاج الى الاحتكاك « بالواقع » وإنما الى معايشة الدعوى وملامسة المتهم ، وهو الأمر الذى نرجوه فى إجراءات الاستئناف . فالمقصود بالحجة هو ضمانة قضاة الاستئناف ضد أسباب التأثير المحلى التى قد يقع فيها قضاة الدرجة الأولى ولا تعنى قط بعد قضاة الاستئناف عن معايشة الدعوى وملامسة المتهم .

(٣٧) وكانت ثالثا الحجة المستخلصة من نفعية الاستئناف فى توفير « الأمن القضائى » :

ومقتضاها ، أنه فى غياب الاستئناف تصبح أحكام المحاكم نهائية ، وينشأ

---

(١) انظر :

FOURNIER, op. cit. p. 340
GAUTHIER, op. cit, p. 111

واستخدم تعبير :

le contacte du juge pénal avec employons
le mot, la réalité ....

بالتالى فى نفوس المتقاضين أيا كانت رحمة الحاكم ، شعور بالقهر ضدها ، وشعور بالذعر من احتمال الخطأ فيها . وإذا كان الذعر الخاص يمكن أن يعرض هدوء الجماعة للخطر فان الذعر العام ــ لا سيما الذى يأخذ شكل عدم الثقة ــ يصبح عاصفة تأتى على كل الثوابت ، والمشرع ينبغى أن يتوخى فى تنظيماته تخليص الجماعة من أمثال تلك التصورات وأن يمنحهم الشعور العميق بالأمن وليس له من وسيلة فى تحقيق هذا الأثر السعيد سوى إقرار الاستئناف[1] . وفوق ذلك فإن ارتباط المتقاضين بالاستئناف ، بل مغالاتهم فيه كما يرى البعض ، برغم توقف استخدامه على محض إرادتهم ، لدليل على الثقة الضخمة التى يضعونها فيه ، وتنظيم هذا موقف الناس منه ، لا ينبغى إلغاؤه إلا لأسباب قاهرة تبرر حرمانهم منه[2] . وجدير بالذكر أن هذا الإرتباط بين المتقاضين والاستئناف هو ما يعبر عنه خصومه « بالحكم المسبق » والذى لا يمكن فى اعتقادهم إجراء أى إصلاح قضائى ــ ويقصدون بذلك إلغاء الاستئناف ــ إلا بعد اندثاره أو بالأقل إضعافه[3] .

لكنهم قالوا ، إنه إذا كان من الصحيح ان على المشرع ان يستجيب فيما يقره من تنظيمات ليس فقط إلى الخلاصات العلمية وإنما عليه أن يستجيب كذلك للأفكار والمشاعر المتجاوبة مع مواطنيه فى اللحظة الزمنية التى يتناولها التشريع إلا أنه من المشكوك فيه حدوث هذا الذعر « المزعوم » لولا الاستئناف . فالتنظيمات القانونية القديمة والحديثة ضمت عدداً من الحالات التى يكون فيها حكم الدرجة الأولى نهائياً ، ولم يثبت تحقق هذا الذعر الذى هو خيال بأكثر منه

---

(١) صاحب الفكرة : J. BENTHAN

مشار اليه فى : De l'orgenisation judiciaire, Dumat, p. 198

(٢) انظر : GAUTHIER, op. cit, p.5. Garaphin, op. cit, pl 92

LEONCE, op. cit. p. 442

PICOT, op. cit, p. 237

(٣) انظر : BERNEGER, Rapport, op. cit.

حقيقة . ثم قالوا أن ارتباط المتقاضين بالاستئناف ليس إلا ارتباطاً يوفر لهم مسهلا شرعياً للتسويف والمماحكة[1] ، وهو ما سوف نرفضه بعد حين .

(٣٨) وكانت رابعاً الحجة المستخلصة من اعتبارات العدالة :

ومقتضاها أن التنظيم القضائى كان ولم يزل على أرضنا تنظيما بشريا فى إعداده وتشغيله وتنظيمه ، والخطأ خلة فى البشر فاذا كنا لا نستطيع بحكم وسائلنا أن ندرك اليقين والكمال المطلق ، فان واجبنا — وما يدفعنا اليه القانون الطبيعى — أن نقترب منها بأقصى ما يمكن ، وعلى ذلك فمنطقى أن لا نكتفى بدرجة واحدة للتقاضى وإنما أن تتعدد الضمانات الواجبة ضد فرص الخطأ وأن نوفر التنظيمات القادرة على مواجهة هذا الخطأ بالتصحيح ، والاستئناف أبلغ وسيلة لذلك[2]

لكنهم قالوا أن هذه الحجة وهى صحيحة تضع أساس « الطعن عامة » لا « الاستئناف » ، لأن قضاة الاستئناف وهم ، لا يستبعدون كل فرص الخطأ ، ولا يدركون سوى اليقين التقريبى approximative لا المطلق ، وما دام الأمر كذلك فلماذا لا نقنع بحكم واحد وحقيقة واحدة ونتلافى تعدد الأحكام وبث الشعور بالشك فيها ؟[3]

لكن الواقع أن المقصود بهذه الحجة ، هو أن الاستئناف يقلل من فرص الخطأ ، ولم يقل أحد بأنه يعدمها ، كما يضاعف من احتمالات الوصول الى الحقيقة ولم يجزم أحد بأنه يدركها ، حتى يدفع بقابلية قضاة الاستئناف للوقوع فى الخطأ .

---

(١) انظر :

GARAPIN, op. cit., p. 113 et 114
FOURNIER, op. cit. p. 349 et 351

(٢) الحجة لـ WALTHER
مشار اليه فى :
PRINS, op. cit, p. 130
M.A. BONNEFONT : De 'lappel en matière civile et en matière criminelle en droit romain et en droit français, Thèse TOULOUSE, 1880 p. 6 et 8.

(٣) انظر :

PRINS, op. cit., p. 131

(٣٩) وكانت خامساً الحجة المستخلصة من نفعية رقابة الاستئناف :

ومقتضاها ، أن إحساس قضاة الدرجة الأولى برقابة قضاة الدرجة الثانية على أحكامهم يدفعهم الى بذل حرص أكثر فى التحقيقات وعناية أكبر فى الحكم ، أى أن تلك الرقابة تجعل تحقيق قاض الدرجة الأولى أكثر عمقاً وشمولاً[١]

ولم يرض خصوم الاستئناف عن تلك الحجة ، فقالوا بأنه منطقى أن نعتقد أن قضاة الدرجة الأولى لا يتوخون الدقة فى قضائهم تحت تأثير الخوف من رقابة الاستئناف ، وإنما بوحى من ضمائرهم وبإحساس بمسئولياتهم ، ثم إنه إذا كانت تلك الملحوظة صحيحة ، فهى صالحة ولا شك للتطبيق على قضاة الاستئناف كذلك ، وأحكامهم لا تستأنف .

ومن جهة أخرى ، فإن تلك الرقابة قد تؤدى الى تخفيض المبادأة والجرأة لدى قضاة محاكم الدرجة الاولى ، أو الى تخفيف شعورهم بالمسئولية ، إرتكانا على وجود محاكم الاستئناف فتكون أحكامهم أكثر رعونة[٢] .

(٤٠) وكانت سادسا الحجة المستخلصة من نفعيته فى تقوية حجية الشيء المقضى فيه :

ومقتضاها ، أن الاستقرار الواجب لمبدأ حجية الشيء المقضى فيه ، ودوره القانونى يفرضان اقتراب الحكم بأقصى ما يمكن من الحقيقة ولهذا يجب أن نعمل قبل اكتساء الحكم بالحجية على توفير كافة الفرص للتحقق من سلامته .

---

(١) انظر فى عرضها :

GARAPIN, op. cit., p. 91
FOURNIER, op cit, p. 344

(٢) انظر :

FOURNIER, op. cit, p. 348
GAUTHIER, op. cit, p. 111

والاستئناف يعمل تماما على تسهيل الوصول الى تلك السلامة لسببين :

الأول : أنه يسمح بالإستفادة بعنصر الزمن[1]

الثانى: أنه يقدم ضمانات أكثر للوصول الى الحقيقة بسبب ما يوفره التحقيق الاستئنافى ونوعية القائمين به وعددهم[2] .

فالاستئناف أولا يسمح بتدخل عنصر الزمن ، فى تعطيل إصدار الحكم النهائى لبعض الوقت ، بحيث نكون فى مأمن من الأحكام المتعجلة الصادرة تحت تأثيرات الرأى العام أو الأحكام الانفعالية عموما ، والتسرع والانفعال من شأنهما أن ينزعا عن العمل القضائى صفتى اليقين والهدوء الواجبتين ، وبهذا نستفيد بالاستئناف كمرحلة تكون بمثابة « فرملة فى عقاب المتهم » . أو كما يقول صاحب الحجة ، إن الاستئناف قادر بفعل الزمن الذى يوفره ، على ربط الحكم بالحقيقة ، فى سماحة للأدلة بأن تكتمل وللعواطف بأن تهدأ ، وللحكم المسبق أن يخف وللأسباب المحايدة أن تفرض سلطانها .

ولم يرض خصوم الاستئناف بحق عن هذه الحجة . فالزمن فى الدعوى الجنائية بأى حال لا نفع فيه وسرعة إصدار الحكم ضرورة لا يجوز حرمان الأبرياء منها ووضع مصيرهم فى الشك بتجاهلها . ثم أنه حتى لو تنازلنا عن هذا الاعتبار فإن الزمن ليس من شأنه أن يعمل على توفير معرفة أدق للحقيقة ، لأن من شأنه ــ لا سيما إذا راعينا أن قبل الاستئناف هناك زمن استغرقة التحقيق الإبتدائى وقضاة الدرجة الأولى ــ أن يبدد الأدلة أو يصعب علينا فرصة استجماعها من جديد لاسيما فى الأدلة الحالة كالمعاينة ، والأدلة التى قد يغيرها

(١) انظر PORTALIS لدى :

- PRINS, op. cit, p. 128
GARAPIN, op. cit., p. 92

(٢) انظر :

PICOT, op. cit. p. 239

الزمن كالشهود ، وتأثيره على الشهود قد يتناول حياتهم أو موطنهم أو ذاكرتهم[1]

والاستئناف ثانيا يعطى لحجية الشىء المقضى فيه قوة أكبر لأنه يضع ثقة أكثر فى الحكم الذى تكسوه ، فالفحص الثانى بحكم ترتيبه الزمنى ونوعية القائمين به يوفر فرصة أكثر فى إدراك أقرب وأدق للحقيقة واستبعاد الأخطاء المحتملة فى الحكم .

فاذا ما تأيد الحكم أمام محكمة الاستئناف ، فان ذلك يضفى عليه يقينا أكثر . ويعطيه فى نظر العامة حجية أكبر ، وفى نفس الوقت فان إلغاء الحكم — من جانب القضاء الأعلى — وتصحيح ما فيه من اخطاء يقلل ولا شك من فرص الخطأ فيه ، ويمنحه بالتالى حجية أكثر ألا ترى أن الاستئناف يحقق الواجب المفروض على المشروع بأن يعمل على موافقة الحكم للقانون والعدالة أو بالاقل أن يمنح كافة الفرص لبلوغ ذلك قبل أن يسمح للحكم بأن يحوز الحجية ؟[2]

لكنهم قالوا أن تلك الحجة ليست حاسمة ، ودفعوا أولا بالحجة المعادة وهى قابلية قضاة الاستئناف كقضاة الدرجة الاولى للوقوع فى الخطأ ، وهو ما سبق أن ناقشناه .

وقالوا : أن حجية الحكم لا تستلهم ذاتها الا من حسن تأسس الحكم ومطابقته مع القانون النافذ ولا علاقة لها بواقعة تأييد الحكم أو تصحيحه ، بل ان تأييد الحكم لا يضيف على العكس جديداً إلى الحقيقة التى كان الحكم قد أعلنها ولا يثبت سوى عقم وجود محكمة الاستئناف . أما إلغاؤه — إذا سلمنا بأن

---

(١) انظر : PRINS, op. cit. p. 128 et 129

(٢) انظر :
LECAISNE, op. cit. p. 55 et 56
GAUTHIER, op. cit, p. 186
TELLIER, op. cit. p. 155

الحكم الجديد يكون أقرب للحقيقة من الأول ، فانه هو الآخر لا يثبت سوى عقم الدرجة الأولى ولا يدعو إلا الى إلغائها وتشكيل محاكم الدرجة الأولى من قضاة الاستئناف[1] ، وقد أجبنا على ذلك كله من قبل .

(٤١) وكانت سابعاً الحجة المستخلصة من دوره فى تحقيق وحدة التفسير الجزئى للقانون :

ومقتضاها ، ان إصدار العدالة لم يعد يتوقف على محض شعور القضاة بالعدالة وحسن استخلاصهم لها ، كما كان الحال قديماً ، إنما يتوقف فوق ذلك على علم القانون والمعرفة العميقة له ، ومن ثم فان القاضى الأفضل لم يعد بالضرورة القاضى الأعدل لكنه كذلك الأعلم . والقانون يمكن أن يدع وراء نصوصه مجالا مفتوحا لخلاف لا ينتهى على نحو تتهدد فيه وحدة القانون فى الدولة ، وقضاة الاستئناف — بما لديهم من خبرة قانونية أخصب وأعمق — يقومون على أى حال على تحقيق وحدة التفسير الجزئى للقانون فى نطاق المقاطعة التى تتمركز فيها المحكمة ويعمل قضاء النقض من فوق تلك المحاكم على تحقيق الوحدة الكاملة للتفسير على أرض الدولة[2] .

ومن ناحية أخرى فوجود محاكم الاستئناف يجد ضرورته فيما يؤمل فيها من مشاركة مع محكمة النقض فى قول القانون عن طريق ما يسمى فى لغة الفقه بمقاومة محاكم الاستئناف ، وهو أمر يعطى للقانون روح الدقة والعمق ويسمح بانعكاس التجربة على تفسير القانون قبل كل شيء .

---

(١) انظر :

PRINS, op cit., p. 129
FOURNIER, op. cit. p. 350

(٢) انظر وقارب :

VITU, Traité, op. cit. p. 1167
GARAPIN, op. cit., p. 10 et 11
MATELLIN, op. cito. p 12 et 13

(٤٢) بقيت لخصوم الاستئناف حجتان ، لا يتورعان فى كل حديث عنه عن إشهارهما جهراً أو بثهما سراً فى ثنايا الكلام :

أولاهما : إعاقة الاستئناف للتجريم وتطويله للاجراءات

ثنتاهما : أنه تنظيم يلائم الأغنياء ويسمح للمشاكسين بالمماحكة[1] .

وعن الحجة الأولى ، فالواقع ان سرعة التجريم ليست بذاتها هدفاً فى القانون الجنائى ولا ينبغى أن تكون وإنما هى وسيلة تعمل على تحرير الأبرياء من عبء الاتهام وتحقيق اعتبارات الزجر العام ، لكن الغاية تظل فى الأجراءات الجنائية دائما هى الوصول الى أقرب وأدق معرفة للحقيقة وتوقى الأخطاء التى يمكن اذا راعينا سرعة التجريم كغاية أن تصيب البرىء والتى ما كانت السرعة إلا لانتشاله وعلى هذا الأساس فان السرعة ينبغى فى القانون الجنائى أن تفهم على أن المقصود بها سرعة تحقيق الهدف « الوصول الى الحقيقة وتلافى الاخطاء » والاستئناف كتنظيم يسعى الى ضبط هذه الحقيقة والتقليل من فرص الخطأ فيها لا يجوز إدانته بإعاقته للتجريم وإطالته للاجراءات .

أما عن كونه تنظيما ملائما بسبب مصاريفه للأغنياء ، فهو نقد مرفوض ، فملاءمته للأغنياءفقط لا تدينه وإن أدانت مصاريفه التى ينبغى أن تنخفض حتى تكون فى مستوى الناس لمن يلاحظ فيها ارتفاعا[2] . وأما عن أنه يسمح للمشاكسين بالمماحكة فالواقع أنه من الصعب أن نصف من يستعمل حقا ممنوحا له بمقتضى القانون هو حقه فى الطعن بالاستئناف ، بأنه مشاكس يهدف للمماحكة ، فمن يستعمل حقه لا يشاكس واستعمال الحق ليس مماحكة . ومن جهة أخرى فالمستأنف إما برىء يحس بخطأ أو ظلم أصابه ويهدف بذلك الى

---

(١) انظر فى عرضها : GAUTHIER, op. cit, p. 5

(٢) لا ينصرف هذا النقد الى تنظيم الاستئناف فى مصر .

تصحيح الخطأ أو رفع الظلم وإما مجرم لا ينبغى أن ننتظر منه تصرفات الأنبياء .

(٤٣) كانت تلك هى الضجة التى تصاحب كل حديث عن الاستئناف ، يرى فيه دعاته تنظيما ضروريا ونافعا[1] ، بينما يصر عداته على عقمه وضرره وافتقاره إلى سند سوى قوة التاريخ ، والتاريخ لا يصلح حكما على سلامة نظام ما وإلا لماذا لم نحتفظ بسائر قوانينا وتنظيماتنا القديمة[2] ؟ ثم أن الاستئناف لا يهدف الى تصحيح خطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم وإنما يسعى الى التقليل من فرص هذا الخطأ ، لكنه لا يقدم يقينا على سلامة الحقيقة المعلنة فى حكمه شأنه فى ذلك شأن الحكم القديم .

وعلى هذا الأساس ينبغى فى نظرهم الاستغناء عن الاستئناف الاستعاضة عنه بأمرين :

الأولى : وقد أثبتنا من قبل استحالته العملية ، هو الغاء محاكم الدرجة الأولى ، والتى فهموا أو أرادوا أن يفهموا إن الاستئناف يفترض عقمها وتشكيل المحاكم من القضاة التى تدفعنا خبرتهم الى الاعتقاد بسلامة أحكامهم ، وسوف لا نكرر مناقشة هذا الأمر .

الثانى : هو إعطاء القضاء دائما الوسيلة لإصلاح الأخطاء المحددة التى تقع

---

(١) انظر :

GAUTHIER, op. cit, p. 187 et 188
LACAISNE, op. cit. p. 58
BONNEFONT , op. cit, op. 6 et 8
TELIER, op. cit p. 155
ROHEE, op. cit. p. 20
MATTELIN , op . cit. p. 11

(١) انظر :

GARAPIN, op. cit., p. 132
FOURNIER, op. cit, p. 354 et s.
PRINS, op. cit, p. 132

بالفعل فى الحكم ، ويقصدون الاعتماد على تنظيمى النقض وإعادة النظر لرفع أخطاء القانون وأخطاء الواقع على التوالى[1] .

ولدينا أن تنظيمى النقض وإعادة النظر لا يغنيان عن الاستئناف ، إذ تظل له فائدته الذاتيه ، ووظيفته التى لا تنتسب لسواه ، كما يؤكد التحليل العلمى للحكم القضائى .

فهناك أولا الجانب القانونى فى الحكم ، أو ما نطلق عليه الحكم القانونى ، وهو كل تقدير قانونى — أى كل تقدير تحكمه قاعده فى القانون — جرى وفق الحدود التى رسمها القانون لقاضى الموضوع المختص فى إعداده وإخراجه للحكم القضائى . وإذا كان صحيحا أن الخطأ الواقع فى هذا الحكم هو بالحتم خطأ فى القانون يرتصد لتصحيحه تنظيم النقض على نحو يكون فيه ممكنا الاستغناء عن الاستئناف ، فإن الامر يختلف بالنسبة للجوانب الأخرى فى الحكم .

فالحكم الواقعى ، وهو يشتمل على عملية معقدة ومركبة من الأحكام الفرعية التى تشكل فى النهاية الحكم الواقعى وتعتمد فى الدرجة الأولى على عمليات الاستنتاج المنطقى والاستخلاص العقلى والاحساس السليم هذه الإحكام الفرعية تنتهى كما قلنا بالحكم الواقعى ، وهو قرار بثبوت الركن المادى للجريمة — أى الحكم بوجوده أو عدم وجوده — ونسبته أو عدم نسبته الى المتهم ، والخطأ الواقع فى هذا القرار — أعنى فى مضمونه ذاته — هو خطأ فى الواقع .

فهل يمكن إذا استغنينا عن الاستئناف إصلاح هذا الخطأ ؟ الواقع أنه لا يمكن إصلاح هذا الخطأ بطريق إعادة النظر إلا إذا توافرت حالة من الحالات الحسابية للخطأ القضائى — والخطأ فى الواقع يصبح خطأ قضائيا فور حيازة

(١) انظر :
GARAPIN, op. cit., p. 117 et s.
PRINS, op. cit, p. 172 et s

الحكم الواقعى للحجية ـــ وهذه الحالات هى : وجود المدعى قتله حيا ، تعارض الادانات ، إدانة الدليل أو اذا تحققت الصورة العامة لاعادة النظر والتى تتمثل فى ظهور واقعة جديدة من شأنها أن تثبت براءة المحكوم عليه ، على نحو ما سوف نراه فى الباب الأخير .

بإعادة النظر نستطيع إذن أن نستغنى عن الاستئناف فى إصلاح ، « الخطأ فى الواقع » كلما توافرت حالة من الحالات الحسابية أو تحققت دواعى الحالة العامة . وفى خارج هذه الحدود تظل الأخطاء معلقة لا تجد محكمة لاصلاحها ، لاسيما إذا كانت كل مقدمات الدعوى سبق أن عرضت على القضاء وكان الخطأ كامنا فى الوقائع القديمة المطروحة سلفا على القضاء ، دون أن يوجد المدعى قتله حيا أو تتعارض الإدانة مع إدانة جديدة أو يدان أحد الأدلة التى استقامت عليها الإدانة ، ودون أن تحدث أو تظهر فى النهاية واقعة جديدة من شأنها أن تثبت براءة المحكوم عليه ففى خارج تلك الحدود يظل الخطأ معلقا دون محكمة تصلحه ، ويظل فى كل الحدود معلقا دون محكمة تصلحه إذا كان الخطأ فى الواقع ضد مصلحة المجتمع ، فالنيابة العامة لا تستطيع طلب إعادة نظر البراءة المؤسسة على خطأ فى الواقع .

هذا كله من ناحية ، ومن ناحية ثانية فان الحكم الواقعى كما يمكن أن يصاب بالخطأ فى الواقع أى فى مضمون القرار ، يمكن أن يكون محلا لنوع من « الخطأ المنطقى»ــ لا هو بالقانونى ولا هو بالواقعى ـــ وهو ما اصطلح على تسميته بالقضاء السيىء ، هذا الخطأ قابل للتحقق فى كل جوانب التقدير المطلق أى التقدير الذى لا تحكمه قاعدة فى القانون وإنما تتحكم فيه فقط قواعد المنطق والعدالة ، هذا التقدير يحتل من عمل القاضى الجنائى مساحة ضخمة . « يحكم القاضى فى الدعوى وفق العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته » أى ان الحكم الجنائى يقوم على « اقتناع القاضى » والاقتناع القضائى ـــ كما سنراه فى الباب التالى ـــ إذعان حاد للتسليم بثبوت الوقائع كما ثبتت ثبوتا كافيا من جهة وبنسبتها الى المتهم من أخرى ، وهو بهذا الشكل يحتل منطقة وسط بين الاعتقاد الذى

ينبنى على أسباب شخصية واليقين الذى يستوى على أسباب كافية من الناحية الشخصية والموضوعية . انه ينطلق من الاعتقاد ليتجه الى اليقين ، يتفوق على الاعتقاد فى وضعيته ، أى فى استقامته على أدلة وضعية ، ويتخلف عن اليقين فى استقامته على تسبيب ليس صارما مائة فى المائة ويدع وراءه قدراً من الاحتمالية .

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن حرية القاضى فى الاقتناع بقولها : « ان القانون قد ترك له ــ لقاضى الموضوع ــ كامل الحرية فى أن يكون عقيدته فى حقيقة الواقعة المرفوعة بها الدعوى أو فى علاقة المتهم بها من أى دليل يستخلصه مما يقوم بالجلسة فى مقام الاثبات فى الدعوى ، ما دام الاستشهاد به غير محرم بصفة عامة ، وهو متى انتهى الى رأى فى الدعوى فلا يصح فى القانون محاسبته عن السند الذى اعتمد عليه من حيث مبلغ قوته فى الاثبات[1]

لكن القاضى فى اقتناعه ليس حرا بالمعنى الدقيق للكلمة ، لأنه يلتزم بقواعد الاستنتاج المنطقى والاستخلاص العقلى والاحساس السليم ، ويدخل فى نطاق هذا الاقتناع « اختيار » القاضى للدليل الذى شكل اقتناعه وطرحه لما عداه ، « وقوة » الاثبات التى يمنحها لدليل ما ، أو لجزء منه ، ما دام لا يتخالف فى هذا « الاختيار » أو تلك « القوة » مع قاعدة فى القانون .

هذا الاقتناع يقوم كما قلنا على عملية مركبة من الاحكام الفرعية القائمة على قواعد الاستنتاج المنطقى والاستخلاص العقلى . وخطأ القاضى فى كل ما يدخل فى دائرة هذا الاقتناع يتخذ صورة الخطأ المنطقى كلما تجافى مع قواعد المنطق أو العدل . وهو ما أصطلح الفقه على تسميته بالقضاء السيىء ويتخذ بتعبير المحاكم صورة الاستخلاص غير السائغ ، المتجافى من المنطق ، النتيجة التى لا ترشحها المقدمات ، أو غيرها من التعبيرات التى تدخل فى فكرة المعقولية بوجه عام[2]

(١) نقض ١٩٧٠/١/٤ مجموعة أحكام النقض ص ٣١ ق ١ ص ١

(٢) فى الموضوع بوجه عام بند ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٠

كما يدخل فى دائرة اقتناع القاضى تقديره للعقوبة ، والأخذ بمبررات الرأفة أو أسباب التشديد ، وما يتخلف عن نشاطه التقديرى فيها هو قضاء سيء إذا تخالف مع قواعد الاحساس السليم بالعدالة .

بعبارة موجزة دائرة اقتناع القاضى لا ترد عليها فكرة الخطأ فى القانون ولا يجدى فيها النقض كما لا تجدى فيها إعادة النظر لأنها ليست خطأ فى مضمون القرار وإنما فى العملية التركيبية السابقة عليه ، وفى هذا ما يثبت فساد ما يردده عداة الاستئناف عن عقمه ويثبت فى ذات الوقت ضرورته الشديدة .

صحيح أن قضاة الاستئناف يمكن أن يخطئوا هم الآخرون فى المنطق والصواب يمكن أن يصدروا قضاء سيئا لكن هذا — وهو صحيح — لا يمنع ولا ينبغى أن يمنع مراجعة الدعوى من قضاة أكثر عددا وخبرة ، أن من يرفض الاستئناف ينكر جدوى المراجعة والرقابة فى مفهومها المطلق .

ولأن الأخطاء المنطقية أو القضاء السيىء هى المنطقة التى ينفرد الاستئناف — وسط جميع طرق الطعن — بإجراء التصحيح فيها ، شاع ربطه بفكرة الحكم الأسلم أو الأفضل منظورا الى الحكم الصادر فى الاستئناف . والواقع أن المنطقى هو ربط الاستئناف بسببه لا باثاره ، وهو كما سبق الأخطاء المنطقية أو القضاء السيء فى حكم الدرجة الأولى .

ولأن تلك الأخطاء لا يمكن ادراكها الا بإعادة نظر الدعوى من جديد ، فإنه لا يلزم أن يتمسك المستأنف بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم لأن رفع الاستئناف وحده يعتبر قرينة على احتمال الخطأ فيه .

ومن جهة أخرى ، فان الاستئناف كطريق من طرق الطعن قادر على تصحيح أخطاء القانون وأخطاء الواقع كذلك فهو بمثابة مراجعة للحكم برمته لتصحيح أخطاء القانون وأخطاء الواقع وأخطاء المنطق المحتملة فيه . ونكرر فى النهاية أنه '

يقوم على أساس عصمة قضاة الاستئناف ولا يقلل من مكانة قضاة الدرجة الأولى وإنما هو يهدف الى رفع الأخطاء المحتملة فى الحكم لنصل الى حكم تكون الحقيقة المعلنة فيه أكثر يقينا .

وبعد ، فالواقع أنه بصدد ذلك الانقسام حول اساس الاستئناف ، لا نستطيع كما أن أحدا لا يستطيع ، أن يتدخل بالحجة الحاسمة لنصرة هذا الفريق أو ذاك . فهذا الانقسام من القوة بحيث لم يزل منذ ما يقرب من قرن كامل قائما دون حسم أو تغليب بذات الحجج ولذات الأسباب ، يتناقلها الفقه جيلا بعد جيل ، قانعا باتخاذ الموقف الذى اتخذه معظم المشرعين فى التوفيق بين الجانبين فى الإعتراف بالإستئناف من حيث المبدأ انصياعا لحجج المؤيدين وتضييقا من نطاقه تأثرا بحجج المعارضين .

ولعل أقصى ما يمكن أن يتخذه الباحث فى هذا الخلاف ، هو موقف الميل الى هذا الفريق أو ذاك ، والميل موقف استبدادى تتحكم فيه صدفة الاقتناع الأكثر بهذا الإتجاه أو ذاك ثم لعل أقصى ما يقدمه الباحث فى هذا الخلاف هو — للانصاف — حجة تضاف إلى هذا الحشد من الحجج . ولسوف يعيش هذا الخلاف طويلا ما لم يأت مشرع جسور يركن الى هذا الحل أو ذاك لكن بطريقة مطلقة وكاملة ، بعد دراسة دقيقة للحصيلة التى يقدمها قضاة الدرجة الأولى فى الدولة ولدرجة كفاءتها . لأن الأمر قد خرج تماما من يد الفقه .

الفصــل الرابع

النطاق التشريعى للخـطأ المحتمــل

(٤٤) النطاق التشريعى فى مصر وفرنسا
(٤٥) تقدير الموقف

(٤٤) بينما كان الاعتراف الكامل بالاستئناف كطريق من طرق الطعن فى الأحكام يقتضى توافر درجتين للتقاضى بالنسبة للمواد الجنائية عموما ، وسواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة أو مخالفة ، وأن يجرى التسليم التشريعى باحتمال الخطأ فى الحكم الصادر من الدرجة الأولى فى مختلف تلك المواد ، فان المشرع سواء فى مصر أو فى فرنسا ، قد اتخذ موقفا مختلفا : فسلم فى الأحكام الصادرة فى بعض تلك المواد باحتمال الخطأ ، بإجازته الطعن فيها بالاستئناف ونفى مثل هذا الاحتمال قطعا بالنسبة لبعضها الآخر ، وأحل بالنسبة لها قرينة السلامة محل التسليم التشريعى باحتمال الخطأ ، بعد جواز الاستئناف فيها . نقصد بذلك أن مبدأ التقاضى على درجتين لا يلقى اعترافا مطلقا من جانب القوانين الحديثة .

صحيح أن الجانب السلبى لهذا المبدأ ، أى انحصار درجاته على اثنتين يلقى تطبيقه الكامل فى التشريعين المصرى والفرنسى ، فليست هناك قط درجة ثالثة للتقاضى ولا يجوز استئناف الأحكام الاستئنافيه ، هذا صحيح . ولكن الوجه الإيجابى لهذا المبدأ أى خضوع الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأولى لرقابة القضاء الأعلى لا يلقى إلا تطبيقا ناقصا أو جزئيا ، وذلك هو الصدى العملى للانقسام الفقهى الذى سبق أن عرضناه ، مهما كانت المبررات التى تقال .

جاء التسليم التشريعى باحتمال الخطأ كاملا فى سائر الاحكام الصادرة فى مواد الجنح ، وكان فيها مبدأ التقاضى على درجتين ، أما بالنسبة للجنايات ــ ولا شك فى أهميتها وخطورتها بالقياس للجنح ــ وكذلك بالنسبة لبعض المخالفات ــ ولا

شك فى ضحالتها وقلة خطورتها بالنسبة للجنح — ليجعل منها استثناء على الوجه الإيجابى لمبدأ التقاضى على درجتين ليصدر القضاء فيها كأول وآخر درجة .

والواقع أننا نتصور أنه إذا كان من حق الفقه أن يختلف حول تنظيم ما ، حول سلامته وجدواه ، فان واجب المشرع أن يتخذ من البداية موقفه من هذا التنظيم ، فاذا آمن به لسلامته وجدواه فليكن إيمانه كاملا وإذا رفضه كان رفضه كذلك كاملا ، وهذا هو ما سبق وقلنا بشأنه أننا بحاجة الى مشرع جسور ، وهو ما نؤمن بصعوبة وجوده ، من الناحية العملية .

وقد تقرر مبدأ التقاضى على درجتين فى مواد الجنح فى فرنسا بالمادة ١/٤٩٦ من ق.أ.ج. — تقابلها المادة ١١٩ من ق.ت.ح — بتقريرها قابلية الأحكام الصادرة فى مواد الجنح للطعن فيها بالاستئناف ، وهو مقرر كذلك فى مصر بالمادة ١/٤٠٢ معدلة بالمرسوم بقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ والتى قررت قابلية الأحكام الصادرة فى الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية ، للاستئناف ، معنى هذا أن القانون المصرى لا يجيز الاستئناف فى الأحكام الصادرة فى مواد الجنح ، من محكمة الجنايات ، وهو موقف منطقى مع موقفه بالنسبة للجنايات[1] ، ومعناه كذلك ، أن المشرع قد سلم قانونا باحتمال الخطأ — فى الواقع أو فى المنطق — فى الاحكام الصادرة فى مواد الجنح من المحكمة الجزئية .

هذا التسليم يشمل تلك الاحكام سواء أكانت حضورية أو غيابية أو حضورية

---

(١) انظر :

BOUZAT, Traité , op. cit, p. 1407
VITU, Aricle, op. cit, " le reglementation "
VITU, Traité, op. cit. p. 1168

GARRAUD Traité . T. 5. op. cit. p. 112
المرصفاوى ص ١٨ وما بعدها — رؤوف عبيد ص ٧٠١ و ٧٠٦ — محموذ مصطفى ص ٥٠١ وما بعدها — فتحى سرور س ٨١٤ وما بعدها .

اعتبارية وان تفاوتت فى حساب مواعيدها[1] ، وسواء أكانت صادرة بالبراءة أو بالإدانة ، وأيا ما كان قدر العقوبة ونوعها[2] ، وسواء أكانت صادرة فى جنحة فقط أو فى جنحة مرتبطة بمخالفة لايجوز استئنافها[3] ، وسواء أكانت فى الموضوع أو كانت صادرة قبل الفصل فى الموضوع وإن تفاوتا فى ميعاد استئناف كل منها[4] .

(١) انظر رسالة

GERGES JAMNES , De délais de l'appel en matiére de simple police et de police correctionnelle, Thèse.' Toulouse, 1933- p. 136 et s. بالنسبة للنيابة العامة

p. 9 et s. بالنسبة للمتهم وحساب المواعيد وميعاد المسافة

p. 119 à 129 بالنسبة لأثر المواعيد

المرصفاوى ٩٣٢ وما بعدها — رؤوف عبيد ص ٧١٣ وما بعدها — فتحى سرور ص ٨٢٦ وما بعدها محمود مصطفى ص ٥٨٨ وما بعدها .

(٢) وجدير بالذكر انه إذا كان الحكم صادرا بالبراءة فلا استئناف للمتهم وهذا بديهى

(٣) تنص المادة ٤٠٤ على أنه « يجوز استئناف الحكم الصادر فى الجرائم المرتبطة ببعضها ارتباطا لا يقبل التجزئة فى حكم المادة ٣٢ من ق.ع.، ولو لم يكن الاستئناف جائزا بالنسبة للمستأنف الا بالنسبة لبعض هذه الجرائم فقط وهو ما لم يكن يحتاج الى نص لأن العبرة هنا بالجريمة الاشد .

(٤) والاستئناف فى الاحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع جائز سواء فى مصر أو فى فرنسا غاية الأمر أنه يخضع — لاعتبارات حسن سير العدالة — للقواعد خاصة فى مصر .

انظر : المرصفاوى ٦٢٨، ٩٢٩ — رؤوف عبيد ٧١٠ وما بعدها — العرابى ١٢٥ وما بعدها — محمود مصطفى ٥٥٧ — فتحى سرور ٨٢٠ — والمبدأ أن الاحكام السابقة على الحكم الصادر فى الموضوع ، واستئناف الاخير يعنى استئنافها جميعا ، الا اذا كان الحكم — كما تنص المادة ٤٠٥ ق.أ.ج — قد قضى بعدم الاختصاص أو بالاختصاص ولم يكن للمحكمة ولاية الفص فى الدعوى ، والفقه يجرى على أن المقصود هو اذا كان الحكم وضع حدا للأجراءات .

راجع فى تحديد معنى الحكم النهائى والحكم الذى يضع حدا للاجراءات :

DERRPE : La notion particulière de la décision défintive en procédure pénale dans quelques asqects de l'antonomie de droit pénal, 1956, p. 133 et s.

وانظر فى استئناف هذه الأحكام فى فرنسا : =

هذا عن مواد الجنح . أما بالنسبة للاحكام الصادرة فى مواد المخالفات ، فان المبدأ واحد فى التشريعين المصرى والفرنسى ، وهو التضييق من حق الاستئناف ، وإن اختلف كل منهما فى تفصيلات تلك التضييقات .

ففى فرنسا تقضى المادة ٤٥٦ من ق.أ.ج بقابلية الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات للاستئناف إذا كانت صادرة بعقوبة الحبس ، أيا كان قدره ، أو كانت العقوبة المستحقة (أى التى طولب القضاء بتطبيقها) تتجاوز خمسة أيام حبسا أو مائة وستين فرنكا غرامة بعبارة أخرى ، قدر المشرع الفرنسى احتمال الخطأ فى أحكام الإدانة الصادرة بالحبس فى مواد المخالفات أيا كان قدرها ، أما إذا كان الحكم صادرا بالبراءة أو بالعقوبة غير الحبس أيا كان قدرها ونوعها ، فلا يحتمل الخطأ فيه قانونا إلا أذا كانت العقوبة التى طالب الإدعاء بتطبيقها تتجاوز خمسة

R. MEURISSE : L'appel des jugement incidents en matière correctionuelle et de police, J. C. P. 1967, 1. 2060

J. BROUCHOT : Les voies de recours contre les décisions pénales distinctes des décisions sur le fond, J.C.P., 1965, 1. 1818

VITU : Article, op. cit.,

BOUZAT : Traité, op. cit., p. 1408, et s.

كانت التفرقة فى ظل ق.ت.ح بين الأحكام التحضيرية interlocutoire وكانت قابلة للطعن فورا ، والأحكام التحضيرية préparatoire وهذه كان لا يجوز الطعن فيها إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع وفى نفس الوقت معه ، ثم جاء ديكرتو ٨ أغسطس ١٩٣٥ فأنشأ التفرقة بين الأحكام النهائية والأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع avant-dire droit ولم يكن يسمح باستئنافها إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع وفى نفس الوقت معه .

وعلى هذا الأساس سار ق.أ.ح فلم يعدل فى تقسيم الأحكام إلى نهائية وقبل الفصل فى الموضوع ، لكن الاجراءات كانت فيه أكثر دقة وسهولة فيكون استئناف الأحكام الصادرة قبل الفصل فى الموضوع واجبة الطعن فوراً فى الميعاد ، لكنه لا ينظر إلا فى نفس الوقت الذى ينظر فيه الاستئناف فى الموضوع ومع ذلك يجوز الاستئناف فورا :

١ – إذا كان الحكم يضع حدا للاجراءات ، ٥٧ ز ٣ ق.أ.ح (كالحكم الصادر بعدم الاختصاص – – عدم القبول – إنقضاء الدعوى بالتقادم – بالعقوبة لسبق الفصل فيها) .

٢ – إذا كان ذلك هو ما تدعو إليه المصلحة العامة فى إقامة العدالة ، ويقوم بالرقابة القضائية هنا رئيس غرفة الجنح المستأنفة بنفسه .

أيام حبسا أو تتجاوز مبلغ مائة وستين فرنكا غرامة . وبالمخالفة ، يجوز الحكم الصادر فى مواد المخالفات حجية وينتفى فيه قانونا احتمال الخطأ إذا كان الإدعاء لم يطالب بعقوبة تدخل فى هذا النطاق ولم يصدر الحكم بالحبس[1] .

أما فى مصر فإن الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات على ما تقضى به المادة ٤٠٢/٢ ، لا يجوز استئنافها من جانب المتهم إلا إذا كانت العقوبة الصادرة ضده بغير الغرامة والمصاريف ، كالحبس أيا كان قدر المدة ، أو أية عقوبة تكميلية كالمصادرة والنشر والغلق وكافة صور أعادة الشىء إلى أصله ، فمناط حقه فى القانون فى نوعية العقوبة الصادرة .

أما من جانب النيابة العامة ، فإن حقها فى الاستئناف متوقف على تحقق شرطين : الأول أن تكون قد طالبت بتوقيع عقوبة غير الغرامة والمصاريف كالحبس . أما إذا كانت قد طلبت توقيع عقوبة الغرامة أو المصاريف فلا يكون لها حق الاستئناف ابتداء ، أما الشرط الثانى ، فمقتضاه أن يصدر الحكم ببراءة

---

(١) انظر الهامش السابق رقم ١ ص ١٧٨ ، وخصوصا VITU, Article ولهذه القاعدة عدة استثناءات يجوز فيها استئناف الحكم الصادر فى المخالفة أيا كانت طبيعته :

١ – الأحكام الصادرة فى المخالفات المتعلقة بمواد الغابات .
٢ – الأحكام الصادرة فى المخالفات المتعلقة بمواد الصيد النهرى .

وجدير بالذكر أنه بمقتضى المادة ١١٢ من ق.ت.ح . كانت الأحكام الصادرة فى مواد المخالفات لا يجوز استئنافها إلا إذا كانت صادرة بالادانة سواء بالحبس أو بالغرامة — أو التعويضات المدنية — المتجاوزة خمسة فرنكات . ومن ثم كان لا يجوز استئناف أحكام البراءة .

انظر : **Garaud, T. 5. p. 99 et s.**

ويلاحظ كذلك أن قانون الاجراءات الجنائية كان يجعل حد الغرامة الواردة فى المتن (١٦٠ فرنك) ستون فرنكا فقط ثم ارتفع هذا الحد الى مئة وستين بمقتضى تشريع ١٢ يوليو ١٩٧٢ .

المتهم أولا تقضى المحكمة بطلباتها[1] .

فإذا كانت النيابة العامة قد طالبت بتوقيع عقوبة أخرى غير الغرامة والمصاريف كالحبس على المتهم ، أو طالبت بتوقيع النص المقرر لتلك العقوبة ، وقضت المحكمة بالحبس فلا استئناف للنيابة لأن المحكمة قد أجابتها لطلبها ، أما إذا كان الحكم قد صدر ببراءة المتهم أو لم يقض بطلبات النيابة كان للنيابة الحق فى الاستئناف . ومثال هذه الحالة أن تطلب الحكم على المتهم بأقصى عقوبة الحبس أو بقدر معين فيصدر الحكم بالحبس لكن أقل من الحد الأقصى أو أقل عن الحد الذى كانت النيابة قد طالبت به ، لكنه يلاحظ ، أنه إذا كانت النيابة قد طالبت بتطبيق المادة المقررة لعقوبة الحبس وصدر الحكم بالحبس ولو بأدنى حد تسمح به المادة فلا استئناف للنيابة ، لأن المحكمة تكون فى حقيقة الأمر قد أجابت النيابة لطلبها ، ويجد هذا الحل تفسيره فى أن النيابة قد تركت للمحكمة رخصة اختيار القدر .

ولا صعوبة فى تطبيق تلك الأحكام إذا كانت النيابة العامة قد طالبت بتطبيق المادة التى « توجب » الحكم بغير الغرامة والمصاريف ، إذ يعتبر طلب تطبيق المادة طلبا بتطبيق العقوبة الواردة بها ، لكنه إذا كانت تلك المادة « تجيز » للقاضى الحكم بغير الغرامة والمصاريف فإن طلب النيابة تطبيق مثل تلك المادة لا ينشىء وحده حق النيابة فى الاستئناف ولو صدر الحكم ببراءة المتهم . وعلى النيابة فى هذه الحالة لينشأ حقها فى الاستئناف أن تطلب صراحة من القاضى الحكم بغير الغرامة والمصاريف

وبهذا يتضح انه بينما تكون « العقوبة » الصادرة هى مناط حق المتهم فى الاستئناف فان « الطلب » هو مناط حق النيابة فيه سواء انصب هذا الطلب فى

(1) دون إخلال بما تنص عليه المادة ٤٠٤ من ق.أ.ح. المصرى بشأن الارتباط بالحالة المذكورة فيما سبق .

ورقة التكليف بالحضور ، أم أبدته شفاهة بالجلسة فى حضور المتهم أو فى غيابه متى كان قد أعلن بالجلسة التى تغيب عنها إعلانا صحيحا[1] .

وعلى هذا الأساس فان المشرع المصرى لم يسلم باحتمال الخطأ فى الأحكام الصادرة بالغرامة أو المصاريف فقط من جانب المتهم ولا فى الأحكام التى لم تطلب النيابة العامة فى الدعوى التى صدر فيها توقيع عقوبة غير الغرامة والمصاريف أو إذا طلبت ذلك وحكم لها بما طلبته . هذا سواء أكان الحكم حضوريا أو غيابيا أو حضوريا اعتباريا ، وإن اختلف ميعاد الطعن فى كل منها . لكنه بصدد تلك الأحكام والتى أحل فيها المشرع قرينة السلامة محل التسليم التشريعى باحتمال الخطأ ، أجاز الطعن فيها بالاستئناف إذا كان الحكم مصاباً بخطأ محدد فى تطبيق القانون أو تأويله ، أو بعبارة أدق مصابا بمخالفة للقانون على النحو الذى سنراه فى الباب التالى أيا كانت طبيعة الحكم الصادر — بالبراءة أم بالإدانة — وأيا كان قدر العقوبة ونوعها .

(٤٥) وبعد ، فمن هذا كله يتضح أن التسليم التشريعى باحتمال الخطأ فى الحكم لم يجىء مطلقا شاملا لسائر أحكام القضاء ، فالوجه السلبى لمبدأ التقاضى على درجتين يرفع هذا الاحتمال مطلقا بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف فيصبح الحكم الصادر نهائيا . ويحل محل التسليم التشريعى باحتمال الخطأ فيه ، تسليما آخر « بسلامة الحكم القانونية » ، تنتهى به مرحلة القرائن ويلزم من بعد لمهاجمته الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فيه .

---

(١) انظر : المرصفاوى ص ٩١٩ وما بعدها — محمود مصطفى ص ٨١٥ ومابعدها — رؤوف عبيد س ٥٠٨ ومابعدها — فتحى سرور ، ص ٨١٥ وما بعدها .

وجدير بالذكر أن القانون المصرى يحمل بعض الاستثناءات على المبدأ السابق كالقانون الفرنسى ، فقد أجازت المادة ٣٥٨ استئناف الأحكام الصادرة من محاكم الأحداث ، عدا الأحكام القاضية بتوبيخ الحدث أو تسليمه لوالديه أو لمن له حق الولاية عليه . راج المادتين ٣٥٨ ، ٣٥٤ ق.أ.ج .

أما بالنسبة للوجه الايجابى للمبدأ ، أى صدور الحقيقة على درجتين فقد رأينا أن نطاقه أولا قاصر على استيعاب سائر الاحكام الصادرة فى مواد الجنايات فى فرنسا وسائر الاحكام الصادرة من محكمة الجنايات فى مصر . ثم لا يستوعب ثانيا عددا من الاحكام الصادرة فى مواد المخالفات على التحديد السابق ذكره .

وهذا هو التحديد الأول لنطاق الخطأ المحتمل .

ومن جهة أخرى ، فإن المرجع فى تحديد خلو الحكم من الخطأ المحتمل أو احتمال تعلق هذا الخطأ به هو إرادة الخصوم : المتهم أو النيابة العامة . « فرفع » الاستئناف من جانب أى منهما يكفى كقرينة ــ ودون الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم ــ لاحتمال هذا الخطأ فيعاد نظر الدعوى من جديد ، لكنه إذا فوت الخصوم ميعاد الاستئناف دون حصوله ــ وكذلك الأمر بالنسبة للأحكام التى لايجوز استئنافها ــ عد ذلك قرينة على سلامة الحكم وخلوه من الاخطاء ، وينفصل الجانب الواقعى فى الحكم عن الجانب القانونى فيه ، ويكتسى كل منهما بحجية تتفاوت فى درجتها ، كما سوف نراه فى الباب التالى فتقوى القرينة القانونية على سلامة الحكم من حجيته ، وتنتهى بها مرحلة القرائن ويلزم لمهاجمة الحكم الاستمساك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم .

ذلك عن نطاق الخطأ المحتمل فى الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية ، لا يبقى فيه سوى أن نتساءل عن الحكمة فى إفلات الاحكام الصادرة فى مواد الجنايات ، أو من محكمة الجنايات كما يقضى القانون المصرى ، من الاستئناف . بعبارة أخرى أن نتساءل عن الحكمة فى إحلال السلامة القانونية للحكم محل التسليم التشريعى باحتمال الخطأ فيه . عن الحكمة فى إحلال هذه القرينة بتلك .

والأمر بالنسبة للجنايات مفهوم فى فرنسا ، لأنهم مقتنعون بأن التشيكل الشعبى لمحكمة الجنايات أى مساهمة المحلفين مع القضاة المختصين فى إصدار

الحكم يتنافى مع قابلية أحكامهم للاستئناف ، لأن كلمة الشعب لا يجوز أن ترد[1] .

وبصرف النظر عما فى هذه الذريعة من خيال ، ثم بصرف النظر عن الضمانة الخادعة التى يتصورها البعض فى مساهمة المحلفين مع القضاء المتخصص فى إصدار الاحكام ، والنتيجة المؤسفة التى يبرزها التقييم الحقيقى لتلك الاحكام بصرف النظر عن ذلك كله لأنه موضوع آخر[2] . لنا أن نعرض تساؤلين ،

(١) على سبيل المثال :

LEVASSEUR , op. cit, p. 223
DE VABRE, précis, op cit, p. 396
BOUZAT , Traite, op. cit, p. 1406
VITU, Traité, op. cit., p. 1167
GARRAUD, Traité, op. cit., T. 4. No. 1278
ROHEE, op. cit, p. 19 et 20
GARAVIN, op cit. p. 626 , No 35
JEAN LARGUIER, La procédurc pénale, 1963, p. 118

(٢) انظر فى تناقض نظام المحلفين مع الحاجات الجديدة للقانون الجنائى ، واستحالة افتراض العصمة فى أحكام المحلفين وهو ما لم يقل به أحد فى تبرير عدم الاستئناف فى الجنايات من جهة وتكذيب التاريخ لهذا الزعم لو قبل .

انظر فى نقد النظام :

BIERRE BONDUR, p. 45 et s.
FAUL EM TROUSS, p. 62 et s.
HANS HEINRICH JESCHB CK, p. 179 et s.
JEAN CRAVEN, p. 8 et s. dans le Jury face au Droit Pénal Modern, BRUXELLES, 1967

ويتساءل الأخير ، هل يمكن أن يجوز الشعور بالعصمة حكما صادرا من أشخاص أختيروا من قائمة قد يكون من بينها من مات أو حكم عليه بعقوبة جنائية. وقد كان فى بحثه عددا من اللمحات المعبرة عن قيمة نظام المحلفين ، قال « أن العدالة الحقة لا يمارسها الا قضاة حقيقيون ..... » « لو كنا بحاجة الى عدالة سليمة فعلينا أن نكلف بها قضاة جيدين » .... « يحوز المحلفون كافة الصفات التى لا ينبغى أن يحوزها القضاة » ... « لقد حانت اللحظة التى يجب فيها — مع دواعى القانون الجنائى ومتطالباته الحديثة — أن نعود الى القضاة الحقيقين لأن شعورنا بالثقة انعدم تماما فى أحكام المحلفين » .

أولهما نسأل فيه عن السبب فى السماح « برد كلمة الشعب » فى حالتى الخطأ المحدد فى القانون أو فى الواقع ، فى تنظيمى النقض وإعادة النظر ، والدفع بعدم جواز رد كلمة الشعب بصدد الاستئناف .

لا يقال : ان الطعن بالنقض يلقى سببه فى مخالفة القانون والقانون يدخل فى دائرة عمل القضاء لا المحلفون لأن النقض يؤدى الى سقوط حكم المحلفين verdict ويرد كلمة الشعب بالتالى ، ثم إن المراجعة تجد سندها فى الحكم الواقعى أو ما يسمى فى الفقه الفرنسى الحكم بالذنب le jugement de culpabilité وهو من عمل المحلفين .

وثانيهما نسأل فيهعن السبب فى عدم السماح للشعب بأن يرد نفسه بنفسه ، بأن تتشكل محكمة الدرجة الثانية فى الجنايات من المحلفين أو بتعبيرهم من الشعب . ولا يقال — وقد قيل ذلك فعلا — ان القضاء الشعبى الثانى سوف لا تكون له علة وجود لأنه لا يقدم ضمانات أكبر مما قدمه القضاء ، إذ كيف نجمع قضاء شعبيا أعلى من السابق[1] ؟ لا يقال ذلك لأن التسليم به يعنى التسليم بعقم المراجعة والرقابة فى مفهومها المطلق .

مساهمة المحلفين فى إصدار الحكم فى مواد الجنايات ، لا يكفى إذن لتبرير إفلات الجنايات من نطاق الخطأ المحتمل وافتراض سلامة الحكم الصادر فيها . ويبرز — لا سيما فى القانون المصرى وهو لا يعرف نظام المحلفين — مدى التناقض فى التنظيم القائم الذى يسمح بالاستئناف فى الجنح بل وفى المخالفات وهى الأقل أهمية ويمنعها فى الجنايات على ما فيها من خطورة .

---

(١) انظر :

VITU : Traité, op. cit., p. 1167
LEVASSEUR, op. cit., p. 223 et 224
LARGIUER, op. cit. p. 106
GARAPIN, op. cit., p. 108

ويقرر أيضا أن الطعن فى بعض أحكام المحلفين موجود فى انجلترا

لكنه يمكن أن يقال ، أن السبب فى افتراض السلامة القانونية للحكم الصادر فى مواد الجنايات أو من محكمة الجنايات إنما هو منوال صدور الحكم : فمعلوم أن الجنايات تستأثر بدرجة من درجات التحقيق لا تعرفها الجنح والمخالفات ، وهى درجة الاحالة . ثم ان الجنايات تنظر فى قضاء الحكم أمام محكمة الجنايات وهذه تتشكل من ثلاثة من مستشارى محكمة الاستئناف ، شأنها شأن محكمة الاستئناف ذاتها الامر الذى يجعل من المنطقى أن نقرر بأن مواد الجنايات محرومة من الدرجة الأولى للتقاضى لا الدرجة الثانية بكل ما توفره ضمانات العدد والخبرة فيها ، كما وأن الحرمان ليس كاملا لأن درجة الاحالة — كدرجة إضافية من درجات التحقيق — تحل محل الدرجة الاولى فى قضاء الحكم[1] .

والواقع أن هذه الحجة لا تثير سوى تساؤلا وحيدا ، هو هل تحل درجة من درجات التحقيق محل درجة من درجات الحكم ؟ وهل تتساوى ضمانات التحقيق مع ضمانات المحاكمة ؟[2] .

ومن البديهى أنه إذا كان من الممكن ، فى صدد حرمان بعض المخالفات من الاستئناف ، القول بحجة سرعة التجريم ، أو حجم التكلفة الاجتماعية للاستئناف أو عدم الاهمية ، فإن هذا القول لا يجوز بصدد الجنايات ، إلا إذا كان الاستئناف ممنوعا بصدد الجنح والمخالفات ، أما وأنه جائز فيهما ، فجوازه ينبغى أن يتقرر من باب أولى فى الجنايات .

وحتى بصدد المخالفات الممنوع الاستئناف فيها ، فلا نرى فى عدم الاهمية سببا لهذا الحرمان لأن الأهمية القانونية للجريمة أى الأهمية المستقاة من تدرجها فى سلم العقوبات ، لا تتساوى مع الاهمية الفعلية للجريمة فى حياة الشخص فذلك

(١) انظر الهامش السابق — وفى مصر انظر التطور التاريخى للعرابى جـ ٣ ص ١١٥ وما بعدها اصبحت لهذه الحجة دلالة اقوى بعد الغاء نظام مستشار الاحالة فى مصر.

(٢) انظر :

LEVASSEUR, op. cit. p. 224
LARGUIER, op., cit., p. 118

امر نسبى قد تكون فيه للجريمة الصغيرة فى حياة شخص ما أهمية تفوق أكبر الجرائم فى حياة شخص اخر . وقد سبق وأوضحنا موقفنا من حجة سرعة التجريم .

وبعد ، فلعل فى ذلك كل ما يبرز بالاكثر النفوذ الضخم الذى مارسه الانقسام الفقهى السابق على المشرع ، ولعله يدفعنا بالاكثر الى أن نكرر بأن المنطق يدعو الى توحيد الحل فى باب الاستئناف . وهذا ما لايتأتى الا باتخاذ موقف من أساسه ليكون الايمان به كاملا أو ليصبح رفضه باتا ويتحقق المنطق فى الحلول التشريعية .

القسم الثانى

نوعيـة الخطأ فى الطعـن بالنقض

وإعـادة النظر

يرتصد هذا القسم لتحديد نوع الخطأ فى تقدير قاعدة الطعن بالنقض واعادة النظر ، أى الى تحديد الخطأ فى القانون و فى الواقع على التوالى :

الباب الأول : الخطأ فى القانون

الباب الثانى : الخطأ فى الواقـع

البــاب الأوّل

الخطأ فى القانــون

الفصـــل الأول

فكرة النقــض

(٤٧) وضع المشكلة وانفصال الحكم القانون عن الحكم الواقعى
(٤٨) ارتباط النقض ــ طعنا ومحكمة ــ بالخطأ فى القانون
(٤٩) اسباب غموض فكرة الخطأ فى القانون

(٤٧) بتطهير الحكم من الخطأ المفترض إن لابسته الغيبة ، ومن الخطأ المحتمل لو جاز فيه الاستئناف ، أو بافتراض سلامته القانونية بامتناع الطعن فيه قانونا أو بفوات الميعاد دون حصوله[1] ، ينفصل الجانب الواقعى فى الحكم عن الجانب القانونى فيه ويكتسى كل منهما بحجية تتفاوت فى درجتها .

فيكتسب جانب الواقع ، أو ما سوف نطلق عليه « الحكم الواقعى » حجية الشىء المقضى فيه ، فتنقلب ــ فيما نعتقد ــ قرينة البراءة التى اعتصم به المتهم فى مرحلتى اعداد الحكم وإصداره ــ مرحلة التحقيق ومرحلة الدرجة الاولى والثانية إن وجدت ــ إلى قرينة ضده فتنشأ فى ذات اللحظة قرينة عكسية لصالح « الحكم الواقعى » ، فلا تجوز مناقشته من بعد إلا فى حالات استثنائية سوف تكون موضوعا للباب الاخير.

أما جانب القانون ، أو ما سوف نطلق عليه « الحكم القانونى » فيظل مفتقرا

---

(١) فامتناع الطعن بالمعارضة أو بالإستئناف ابتداء ، يعنى افتراضا تشريعيا بسلامة الحكم من الخطأ المفترض أو المحتمل على التوالى ، أما تفويت ميعاد الاستئناف فيعنى وفقا لمفهوم المادة ٣٠ من قانون النقض « الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة » عدم جواز الطعن فيها بالنقض كذلك أى افتراضا تشريعيا بسلامتها من الخطأ فى القانون .

لمثل تلك الحجية[1] قابلا لأن يتحمل مرحلة أخرى من التصحيح هى مرحلة « النقض » . غاية الأمر أن افتراض السلامة القانونية للحكم يقوى من حجيته فتنتهى « مرحلة القرائن » فبينما كانت الغيبة وحدها تكفى لافتراض الخطأ فى الحكم الغيابى ، ورفع الاستئناف يكفى وحده لاحتمال الخطأ فى الحكم الابتدائى ، باعتبارهما قرينتين على خطأ الحكم — المفترض أو المحتمل على التوالى — ودون أن يشترط فى الحالين الاستمساك بخطأ محدد وقع بالحكم فعلا ، فان عبور الحكم لهاتين المرحلتين أو إفلاته منهما يؤدى الى افتراض السلامة القانونية فيه ويلزم لقبول الطعن فى الجانب الذى لم يكتسب بعد الحجية « وهو الحكم القانونى » التمسك بخطأ قانونى محدد وقع بالفعل فى الحكم[2] .

(١) يجمع الفقه — فى فرنسا ومصر — على أن الحكم لا يكتسب حجية الشيء المقضى فيه الا بعد استنفاد أو استحالة استنفاد طريق الطعن بالنقض وتتفق مع الفقه فيما يتعلق بالحكم القانونى دون الواقعى ، وقد انفرد فى الفقه — فيما نعلم — محمود مصطفى ص ٤٨٨ بقوله « ويعبر عن الحكم الحضورى النهائى ، أو الحكم الذى صار غير قابل للطعن فيه بالمعارضة ولا بالاستئناف لفوات الميعاد بأنه « حائز قوة الشيء المحكوم فيه » . ويعتبر أنه كذلك ولو كان الطعن فيه بالنقض أو التماس اعادة النظر جائزا بل ولو طعن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين غير العاديين . وهو قول وان كان صحيحاً فيما يتعلق بالطعن باعادة النظر ، فلا يمكن الموافقة عليه إذا كان ثمة طعن بالنقض أو كان لايزال الطعن به ممكنا ، اذ كيف يجوز هذه « القوة » ولم يكتسب بعد صلاحية الاعتداد به فى العود أو فى القيد فى صحيفة السوابق . ولا يمنع من الاستفادة بقواعد جب العقوبة وليست له بعد الحجية على القاضى المدنى .

ولا يتعارض ما فى المتن مع ما قررناه توا ، لأن حجية الشيء المقضى فيه للحكم الواقعى لا تكفى وحدها لترتيب الآثار القانونية المعروفة لحجية الشيء المقضى فيه « للحكم » — بشقيه ، فالحجية المقصودة فى المتن تنحصر اثارها فى حظر التعرض « للحكم الواقعى » من محكمة النقض .

(٢) نقصد بالخطأ فى القانون : كل مخالفة للقانون الشكلى أو الموضوعى يقع فى الحكم الجنائى الصادر من اخر درجة ، والحكم الجنائى الصادر من أخر درجة هو دائما حكم نهائى لكن العكس غير صحيح ، فالحكم النهائى هو الحكم الذى لم يعد قابلا للاستئناف ، أما لاستنفاده ، أو امتناعه أصلا ، أو فوات الميعاد دون حصوله ، دون أهمية لما إذا كان الحكم غيابيا أو حضوريا ، أما الحكم الصادر من اخر درجة فهو الحكم الصادر من اخر درجة يسمح بها القانون ، سواء أكانت تلك الدرجة هى الدرجة الأولى أم الثانية ، أما الحكم القابل للاستئناف ، والذى فوت الخصم على نفسه ميعاده فهو حكم صادر من أولى درجة لا اخر درجة وإن كان نهائيا .

ولا يقبل الطعن بالنقض سوى الحكم الصادر من اخر درجة .

ومن هنا لم يكن المشرع المصرى موفقا فى صياغته للمادة ٣٠ بقوله : (الأحكام النهائية الصادرة من اخر درجة) . فالواقع أنه كان يكفيه للتعبير عما يرمى وصف « الصادرة من اخر درجة » . وهذه على الدوام نهائية . ولعل هذا وراء الارتباك الذى وقع فيه الفقه المصرى فى استخلاص مضامين تلك المصطلحات. =

(٤٨) هذا الانفصال بين الحكم الواقعى والحكم القانونى يرتد جملة الى مجموعة من الأسباب ، تاريخية بالدرجة الأولى دفعت النظم القانونية فى معظم بلاد العالم الى تحقيق هذا الانفصال لانتزاع مناسبة لتحقيق « مصلحة عليا » تعلو على الحكم الصادر فى ذاته وترتبط بسائر الأحكام الصادرة قبله وكل ما يمكن أن يصدر من بعده من أحكام مماثلة ، وهى « وحدة القضاء » التى لا وجود لوحدة القانون ذاتها بدونها .

ويقينا فإن النقض لم يكن ثمرة تطور قانونى استلهم من اعتبارات الشعور بالعدالة حيث يتوجه الى رفع الخطأ القانونى من الحكم كوسيلة وغاية ، لكنه استمد بالأكثر ذاته ، بل ومعظم تفصيلاته من اعتبارات سياسية واعتبارات قانونية « محددة » دفعت اليها حوادث التاريخ .

وإذا كانت « مخالفة القانون » هى القطب الذى يدور حوله الطعن بالنقض ويتقصر عليه نشاط محكمته ، فان طبيعة الأمور تفرض أن تقتصر تعاملها على

— يقرر محمود مصطفى ص ٦١٤ : أن الحكم يكون صادرا من اخر درجة ، اذا كان صادرا من المحكمة الجزئية ولا يكون الطعن فيه بالاستئناف جائزا ، أو كان صادرا من المحكمة الاستئنافية أو من محكمة الجنايات ويقرر ص ٦١٠ : بأن الحكم النهائى هو الذى يصدر من محكمة الدرجة الثانية ، أو من محكمة أول درجة ولا يكون استئنافه جائزا ... كما يقرر حسن المرصفاوى ص ٩٧٣: أن يكون الحكم نهائيا أى لا يقبل الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف . ثم يقرر ص ٩٧٤ : أن يكون الحكم صادرا من اخر درجة أى من محكمة الجنايات أو من دائرة الجنح المستأنفة بالمحكمة الابتدائية . ويقرر فتحى سرور ص ٨٦٨ : أن الحكم النهائى هو الحكم الذى يصدر من المحكمة الاستئنافية أو من محكمة أول درجة إذا كان استئنافه غير جائز أو انقضى ميعاده . ويقرر ص ٨٧٣ : بأنه اذا تعددت درجات التقاضى كما فى الجنح والمخالفات ، فلا يجوز الطعن بالنقض إلا فى الأحكام الصادرة من محكمة ثانى درجة « المحكمة الاستئنافية » أما الأحكام الصادرة فى مواد الجنايات فهى صادرة دائما من اخر درجة .

ولعل هذا ما يفسر اكتفاء المشرع الفرنسى فى نصه بالنسبة للاحكام التى تقبل النقض فى المادة ٥٧٦ ق.أ.ج الفرنسى تعبير :

Les arrets et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions du jugement .

الحكم القانونى دون الواقعى ، ومع ذلك فهذا المفهوم النظرى يلقى تطبيقا متخبطا الى الحد الذى نستطيع معه أن نقرر بأن المحكمة العليا قد اتخذت من الطعن بالنقض مبررا لأن تنشر سلطانها على الحكم باطلاقه فلا تقصر مراقبتها عملا على الحكم القانونى « الخطأ فى القانون » وإنما تمد هذه المراقبة الى الحكم الواقعى « الخطأ فى الواقع »[1] .

وليس فى نيتنا وصف نشاط محكمة النقض ولا فى قصدنا تقييمه ، ولكننا نهدف الى تحديد فكرة « الخطأ القانونى » وهو بعينه الخطأ الذى تنشغل محكمة النقض بالتصدى له والذى يشكل فى الوقت ذاته النقض كطريق من طرق الطعن .

(٤٩) ونذكر من البداية بعض الأسباب التى لعبت ــ فيما نعتقد ــ دوراً أكيدا ــ مهما اختلف فى عمقه وقوة تأثيره ــ فى غموض واختلاط فكرة « الخطأ القانونى » و « الخطأ الواقعى » ، سوف نمر عليها فى عجالة ودون تخصيص ، مكتفين بما سوف يبرزه البحث عنها .

فسوف نرى أن طريق الطعن بالنقض ــ ومن بعده محكمة النقض ــ قد نشأ فى التاريخ تحت ضغط الحاجات السياسة . وسوف نرى كذلك أن العقد التى خلفها هذا التاريخ قد انعكست بشكل واضح على تحديد ماهية الطعن بالنقض ، ومن ثم نشاط محكمة النقض ، فألزمتها دائرة « الحكم القانونى » أو بالأدق « الخطأ فى القانون » دون الحكم الواقعى ، وأسباب التاريخ بطبعها أسباب حال لو زالت ، فإن البناء المتخلف عنها ، يحتاج الى أساس عقلى يحل محلها ويبرر استمراره ، أو بالأقل انحصاره ، فى دائرة الحكم القانونى ومخالفة القانون دون أى اعتبار اخر[2]

---

(١) يبدو هذا التخبط فى طبيعة رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام من ناحية ، وفى استقالتها من رقابة بعض أخطاء القانون فى فهمها لما يسمى بالعقوبة المبررة من أخرى .

(٢) هذا الأساس العقلى ، أى الدراسات المتخصصة فى ابراز وبلورة ضرورية وعقلية البناء الفكرى للنقض كان سببا فى عدم رسوخ هذا البناء سواء فى نظرية الفقه أم القضاء أم المشرع .

وفوق ذلك فان النقض بوجه عام ، كان ميدانا لتطبيق مبدأ قانونى بالغ الصعوبة « هو التفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى » ، حيث ينسحب الأخير نهائيا من ساحة القضاء — عدا حالات اعادة النظر — ليبقى الحكم القانونى قابلا للطعن فيه أمام محكمة النقض ان شابه عيب هو بالحتم « خطأ فى القانون ». هذه التفرقة كانت ولا تزال مشكلة حار فيها الفقه حيرة عظمى وحار بالاكثر فى تحديد الزاوية التى يقابلها منها ، فتجسدت حينا فى التفرقة بين القانون والواقع وحينا فى تحديد النشاط النهائى لقاضى الموضوع وحينا فى حدود رقابة محكمة النقض . والواقع أن هذه التجسيدات الثلاثة ليست الا أوجها مختلفة لمشكلة واحدة هى « ماهية الخطأ فى القانون » ، أو إن شئت قل : ان التفرقة بين القانون والواقع ليست إلا معيار الفصل بين النشاط النهائى لقاضى الموضوع « الحكم الواقعى » بما قد يلابسه من « خطأ فى الواقع » وبين حدود رقابة محكمة النقض « الحكم القانونى والخطأ فى القانون » .

ومن ناحية أخرى ، فان الاختصاص « المقيد » يجلب « التعدى » ، ذلك ما أشهره المتقدمون وأكده علماء النفس ، وهو صحيح ولا شك فى حياة المنظمات كما فى حياة الأفراد ، واختصاص محكمة النقض اختصاص مقيد بالحكم القانونى دون الحكم الواقعى ومفهوم أن التعدى بطبيعته يؤدى الى « التبرير » والتبرير غير التسبيب ، فبينما الاخير مفروض على الفكر سابق على الفعل ويشكل مجموعة العوامل التى أدت الى إحداثه ، فان الأول من خلق الفكر لا حق على الفعل ومنعزل عن العوامل الحقيقية التى أدت الى احداثه ولعل فى هذا التحليل ما يفسر بعض نشاط محكمة النقض فى الحالات التى تغمض فيها فكرة الخطأ فى القانون وتختلط يساعدها على ذلك ، ويؤدى فى كثير من الأحيان الى تعمية الموقف ، تلك القدرة الفائقة التى يتمتع بها قضاة النقض فى الصياغة[1] .

(١) ويظهر ذلك على الأخص فى رقابة التسبيب وعلى الأخص فى التعرف عفى معيار قضاة النقض فى التفرقة بين ما أسموه بتساند الأدلة لنقض الحكم . ثم بكفاية الأدلة الصحية لتسنيد الادانة حيث لا ترغب فى نقض الحكم. قارن بين الأحكام نقض ١٩٧١/٢/١ ص طط ق ٥٠ ص ٢٠٦ — نقض ١٩٧١/٣/٢٩ ص ٢٢ ق ٧٤ ص ٣٢١ ، وبين : نقض ١٩٧١/٢/٢٩ س ٢٢ ق ٧٧ ص ٣٣٤ — نقض=

وإذا كان لا شك فى النفوذ الأدبى الكبير الذى تلقاه أحكام محكمة النقض لدى القانونيين عموما ، فان شعور محكمة النقض به وبعلويتها ووقوفها على ذروة التنظيم القضائى حيث لا قول من بعد قولها قد ساعد على مضاعفة هذا الموقف ــ التعدى والتبرير ــ كما ساعد عليه ذلك الضعف القضائى العام تجاه محكمة النقض والذى نرى فيه تخليا عن دور نراه جوهريا هو اشتراك القضاة الأدنى مع قضاة النقض فى قول القانون والذى يعبر عنه فى لغة الفقه بمقاومة محاكم الاستئناف ، والذى يبدو للأسف أن المشرع المصرى لا يؤمن به[1] . فوق ذلك وأخطر منه هذا الجنوح الفقهى العام للتسليم بأحكام محكمة النقض حيث غابت

= ١٩٧٢/٣/٣٠ س ٢١ ق ١١٩ ص ٤٩٤ ــ نقض ١٩٥٧/٤/٢٩ س ٨ ق ١٢٠ ص ٤٣٨ وجميعها فى مجموعة أحكام محكمة النقض .

ونضرب المثل على ذلك بحكمين : الأول هو نقض ١٩٧٢/١/٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ق ٥ ص ١٦ . وقد قررت فيه المحكمة أنه : « إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على ما لا أصل له فى التحقيقات يكون باطلا لابتنائه على أساس فاسد . ولا يغنى عن ذلك ما ذكره من أدلة أخرى إذ الأدلة فى المواد الجنائية متساندة يشد بعضها ومنها مجتمعة تتكون عقيدة القاضى بحيث اذا سقط أحدها أو استبعد تعذر التعرف على مبلغ الأثر الذى كان لهذا الدليل الباطل فى الرأى الذى انتهت اليه المحكمة . والثانى هو نقض ١٩٧٢/٣/١٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٣ ق ٨١ ص ٣٥٧ . وقد قررت فيه المحكمة أنه « لا يشترط أن تكون الادلة التى اعتمد عليها الحكم ينبىء كل دليل منها ويقطع فى كل جزئية من جزئيات الدعوى اذ الادلة فى المواد الجنائية متساندة يكمل بعضها بعضا ومنها متجمعة تتكون عقيدة القاضى فلا ينظر الى دليل بعينه لمناقشته على حدة دون باقى الأدلة بل يكفى أن يكون الادلة فى مجموعها كوحدة مؤدية الى ما قصده الحكم منها ومنتجة فى اكتمال اقتناع المحكمة فى اطمئنانها الى ما انتهت اليه » .

وهكذا بمقدمة واحدة ــ تساند الأدلة ــ تنقض المحكمة الحكم المطعون فيه لأن الادلة تشد بعضها بعضا ، وتبرم الحكم لأن الأدلة تحت حجة التساند ذاتها تكمل بعضها بعضا .

(١) انظر المقدمة : وهو ما تراه المادة ١/٣٩ : « إذا كان الطعن مقبولا وكان مبنيا على الحالة الأولى المنصوص عليها بالمادة ٣٠ تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون . وهذا يعنى ان محكمة النقض فى حالة الخطأ فى القانون « تنفرد بقول القانون » . الأمر الذى يفقده فيما نعتقد أهم انعكاسات التطبيق القضائى عليه ويحرم قضاة الاستئناف من المحاورة مع محكمة النقض ، اذ يصبح القضاء كما يجرى عملا مقيدا برأى محكمة النقض لا القانون فى حقيقة الأمر ، ثم أن محكمة النقض فى هذه الحالة وعلى الأخص لدى الحكم انما تباشر عملا يتجاوز مهمتها وهى رقابة صحة الحكم .

عن الوجود حتى الآن الجهود الفقهية الضرورية ، لتبيان اختصاص محكمة النقض فى معيار واضح تتحدد به مسائل القانون التى يعتبر الخطأ فى القانون يستوجب تدخلها ويبرر رقابتها ، تلك هى مهمة الفقة وقد كان عليه أن يستبق المحكمة ذاتها فى تحديد اختصاصها أو بالأقل يواكبها بدلا من الركون الغريب لرأيها حتى بات طبيعيا أن نرى كتب الاجراءات الجنائية لاسيما عندما تتعرض لأسباب الطعن عامة محض سرد وتصنيف — حسن أو ساء — لأحكامها ، حتى جاز أن نقول أن محكمة النقض — ولا قول من بعد قولها — هى التى حددت ولا زالت تحدد اختصاصها[1] ، وهو أمر غريب .

ثم أن قضاة النقض أنفسهم ، لايمكنهم — كبشر وقضاة عركتهم تجربة القضاء — أن يقاوموا الضغط النفسى الفادح لشعور العدالة . لاسيما اذا كان الحكم المطعون فيه يستفز فى مخالفته للعدالة والصواب شعور العدل فيهم ، فيضطرون الى مد سلطتهم ، المحصورة فى مسائل القانون ، الى فكرة العدالة والصواب وبالتالى الى تبرير هذا الامتداد بصياغة حكيمة ومحكمة بأنها مسألة قانون[2] . بحيث لا نرى اسرافا اذا ادعينا بأن قضاة النقض لا يتخذون من فكرة « الحكم القانونى » و « الخطأ فى القانون » معيارا لتحديد اختصاصهم ، وانما يتخذون منهما — فى بعض الحالات — قالبا مرنا لتأييد الحكم أو نقضه بعد اخضاعه — برمته — لتقدير الشخصى .

---

(١) ومع ذلك نذكر بالتقدير مجهودات الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد فى مؤلفه القيم : المشكلات العلمية الهامة فى الاجراءات الجنائية « الجزء الثانى » ١٩٦٣ — مقالة الأستاذ مرقص فهمى المحامى « وجوه النقض المتصلة بالموضوع » المحاماة من ١١ شهر ديسمبر ١٩٣٠ ص ٢١٣ ومابعدها — الاستاذ على زكى العرابى تسبيب الأحكام الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٣٠ مايو ، س ٣٩٢ وما بعدها .

(٢) GABRIEL MARTY : La distinciton du fait et du droit Essai sur le pouvoir de controle de la cour de Cassation sur le juge de fait. Thès, TOULOUSE, 1929, p. 352

وإذا كانت فكرة الخطأ فى القانون قد لقيت على هذا النحو نوعا من التوسع فإنها — من ناحية أخرى — كانت محلا لتضييق خطير ومتناقض ، صار شهيرا بما سمى بالعقوبة المبررة .

ويبقى أن نذكر من جديد بأن الاستمساك بهذا الخطأ أمام قضاء النقض لا تكفى فيه القرائن بل لا بد من الاستمساك بخطأ قانونى محدد وقع بالفعل فى الحكم ، ثم يبقى كذلك أن نذكر بأن منوال إصلاح هذا الخطأ المفروض فيه أن يتسم بميزة خاصة هى أن محكمة النقض — كقاعدة عامة — لا تنفرد بإجرائه ، وإنما يجرى اشتراكا بين محكمة النقض ومحكمة الاحالة ، وهو مالم يؤمن به المشرع تماما كما رأينا[1] .

---

(١) انظر فى طبيعة هذا الاشتراك :

C. EALOQUE :

La Cassation sans renvoi de l'article 529 du Code d'instruction Criminelle. Rev. Sc. Crim. 1937 , p. 39 à 227

JEAN SCHMIDT :

La Cassation sans renvoi on matière pénale, Essai d'une justifi Cation, Rev. Sc. Crim., 1955 . p. 205 à 227

الفصـل الثانى

الإرتبـاط التاريخـى بين الخـطأ
فى القانـون والطعـن بالنقـض

(٥٠) تمهـيد
(٥١) الارتباط وظهور حركة الاوامر التشريعية
(٥٢) الارتباط ووحـدة التشريع مع الثورة الفرنسية

(٥٠) لقيت فكرة الخطأ فى القانون ظهورها الأول فى فرنسا فى منتصف القرن السادس عشر ، فقديما كان القضاء من سلطات الملك نفسه ــ شأن سائر السلطات ــ بما قد كان له من حق إلهى ، ولهذا ، لم تظهر فكرة الخطأ عموما للتناقض بينها وبين‌هذا الحق ومع الزمن لم يستطع الملك أن يتصدى بنفسه لسائر السلطات المتعلقة به ، فشكل مجلسا من حاشيته سمى « بمجلس الملك » ، ليمارس نيابة عنه بعض الأعمال القضائية كلما دعاه الى ذلك ، لكن تعقد الدعاوى وتعددها أدى الى الانتقاء الأفضل لأعضائه وسرعان ما شكلوا عنصرا متخصصا[1] .

---

(١) انظر فى المعنى :

RAOUL DE LA GRASSERIE, De la fonction et des jugements de cassation en législation camparée, 1991, p. 4.

HANS WINKEL : Le problème de la juridiction supreme, Thèse, UTRECHT, 1934 p. 11 et 12

ومع انطفاء نظرية الحق الالهى ، وظهور نظريات الحكومات الشعبية أو الانسانية شعر الملك بالحاجة الى تفويض سلطاته القضائية وتكوين محاكم منظمة ، فكان أمر « فيليب لوبال » بإنشاء برلمان باريس فى ٢٣ مارس ١٣٠٢ ، ثم المحاكم النهائية فى الأقاليم حيث تكونت السلطة القضائية[١] .

وبدأت فكرة الخطأ فى الظهور كإرهاصة أولى كانت فيها تعنى « الظلم » فقد حمل أمر ١٣٠٢ إجراء جديدا هو « خطاب الالتماس » بمقتضاه يفحص « مجلس الملك » من جديد الدعوى التى أصدر فيها برلمان باريس أو المحاكم النهائية « حكما ظالما » ، بالرغم من تطابقه أحيانا مع القانون بالمعنى الدقيق ، كما لو كان صادرا فى « جريمة شكلية محضة » ، أو « كان ثمة سبب من أسباب الاباحة » ، أو كانت الواقعة تستحق عقابا أقل[٢] .

ثم حل من بعد أمر ١٣١٣ إجراء جديد هو « اقتراح الخطأ » محل « خطاب الالتماس »[٣] يفترض بمقتضاه وقوع « خطأ واقعى » فى الحكم ويستقبل مجلس الملك صحيفة الطعن ، ليحيلها بدوره الى « رؤساء التحقيق فى الديوان الملكى » لفحصها . فاذا انتهو فيها الى رأى ايجابى أعادوها إلى

---

(١) انظر فى المعنى :

WINKEL , op. cit., p 13
GRASSERIT, op. cit. p. 5.

(٢) انظر فى المعنى :

GRASSERIE, op., p. 5.
WINKEL, op. cit., p. 14.

(٣) انظر : وخطاب الالتماس ترجمة لتعبير

Les lettres de grace de dire contre les arrets.

MATTELIN, op. cit., 132 à 138
WINKEL, op. cit., p. 14
EMIE CHENON, origines, conditious et effets de la cassation, 1882, p. 16.

« مجلس الملك » مشفوعة بتقريرهم ، وعليه أن يصدر حكمه الى القضاء الذى كان قد أصدر الحكم ، باعادة نطر الدعوى[1] .

(٥١) وبدأ الملك — ابتداء من سيادة شارل السادس — فى مباشرة سلطاته التشريعية عن طريق الأوامر بهدف تحقيق « وحدة الأراضى الفرنسية » . وشهد القرن الرابع عشر مجموعة الأوامر التى نظمت الاجراءات أمام مجلس الملك ، والتى لم يزل مضمونها حيا حتى الان فى إجراءات الطعن بالنقض مثل إيداع الغرامة ، وتسليم النفس ، وتقديم المذكرات[3]

ومن الجدير بالذكر والملاحظة هنا ، أنه بينما كان « مجلس الملك » جهازا تابعا للملك فى تشكيله واختصاصه وتحديد أدوار انعقاده بطريقة أفقدته هيبته[4] حيث كادت وظيفته أن تنحصر على تقديم الخدمات الشخصية للملك[5] . فإن « البرلمانات » كانت تتمتع على العكس بقوة هائلة واحترام كامل من الرأى العام

(١) انظر : PEAN JASTONE, L'ERREUR Judiciaire - Thèse . PARIS . 1895 p 178

GRASSERIE, op. cit. p 5

(٢) انظر :

LEON, JOUARRE, Les tribunaux de sassation en législation comparée, 1901, p. 7.

(٣) انظر :

WINKEL, op. cit., p. 14

GARRAUD, Tralté, op. cit, p. 266

(٤) انظر :

JACQYES-BERNARD HERZOG : La réforme de la Cour de cassation, Caz, Pal 1945, D. p. 52. à 55.

JOUARRE, op. cit., p. 9.

(٥) فى هذا المعنى :

WINKEL, op. cit, 15.

لاسيما وقد تمتع قضاتها بالاستقلال بفضل ضمانات عدم القابلية للعزل و la venalité[٢] . وقد كان لهذا الوضع أثره فى وجود المقاومة التى قامت بها « البرلمانات » ضد ميل الملك على سلطانهم كما سيذكر .

وأخذت حركة التشريع النامية فى الازدهار ، حيث بلغت — فى عهدلويس الرابع عشر — قوتها من ناحية[٣] وشيئا فشيئا جرت عادة الخصوم على استخدام إجراء « اقتراح الخطأ » — والذى ذكرنا أنه كان مخصصا لأخطاء الواقع — للطعن أمام « مجلس الملك » فى « أخطاء القانون » — البطلان والتعارض — التى كان يمكن أن تقع فى « أحكام البرلمانات والمحاكم النهائية » من ناحية ثانية[٣] . فضلا عما سمى بإجراء « التعدى » والذى كان الملك بمقتضاه ينزع الدعوى الداخلة فى اختصاص القضاء العادى لينظرها مجلسه ، والاستخدام الواسع لإجراء « الخطاب المختوم » والذى كان الملك يتخلص عن طريقه من

---

(١) فى هذا المعنى :

WINKEL, op. cit., p. 15
CRASSERIE, op. cit., p. 5

(٢) la venalité

وهو إجراء بوشر منذ القرن الخامس عشر ويسمح للبورجوازيين الاغنياء بالدخول فى خدمة الملك ويؤدى الى وارثة الوظيفة . فى هذا المعنى :

Dictionuaire usuel, éd, 1960, p. 1409
JOUARRE, op. cit., p. 7.

(٣) فى هذا المعنى :

PEAN, op. cit., p. 178 et s.
VITU, Traité, op. cit., p. 1189
GARRAUD, Traité, op. cito, p. 246
GRASSERIE, op. cit., p. 6.

الأشخاص الخطرين دون محاكمة ، من ناحية أخرى[1] .

وقد رأت « البرلمانات والمحاكم النهائية » فى هذه الاجراءات اتجاها الى النيل من قوتها والتقليل من حجية أحكامها من ناحية ، وإلى تقوية نفوذ وسلطات « مجلس الملك » من أخرى ، فقاومتها حفاظا على سلطاتها وحجية أحكامها ، لكنهم كانوا فى هذه المقاومة يتجاوزن اختصاصاتهم فيخالفون الشكل ويتصرفون من لديهم[2] وكان لابد من قهر هذه المقاومة ليتحقق احترام القانون من القضاة الادنى فاعترف بأمر مايو ١٥٧٩ ويناير ١٥٩٧ بالعادة التى جرى عليها الخصوم فى اللجوء الى مجلس الملك بسبب « أخطاء القانون » والتى ذكرناها تواً . غاية الأمر أن إجراء خاصا قد رصد لها هو « الالتماس »[3] بدلا من استخدام إجراء « اقتراح الخطأ » والذى كان فى الاصل قاصرا على الوقائع ، والذى الغى بأمر ١٦٦٧ ، والذى تضمن كذلك تحديدا واضحا لمضمون اجراء الالتماس بما جاء فيه : « تعتبر جميع الاحكام التى تصدر مخالفة لنصوص أوامرنا ومراسيمنا

(١) فى هذا المعنى :

GRASSERIE, op. cp. p. 6
GRASSERIE, op. cit., p. 5.

(٢)
وانظر :

WINKEL, op. cit., p. 13 & 15
VITU, Traité , op. cit. p. 1189

(٣) المصطلح الفرنسية la requète civile

وقد نقلناه بالعربية « الالتماس » فقط بدلا من ترجمته المعروفة لشبهة اختلاطه بالتماس إعادة النظر أو لما قد يوحى به من اقتصار هذا الطريق على المواد المدنية .

راجع فى سريانه على المواد الجنائية :

GARRAUD, Traité, op cit. p. 265

وتصريحاتنا باطلة وفاقدة الأثر والقيمة »[1] .

فكان ذلك أول ظهور « لفكرة الخطأ فى القانون » وأول دور لعبته .

ثمة مخالفة للقانون إذا كان الحكم مخالفا لاحدى النصوص القانونية الصادرة من الملك ، وهو مفهوم ناضج للخطأ فى القانون .

وكما يبدو من العرض السابق لم يكن إصلاح هذا الخطأ استجابة لدواعى العدل فى ذاتها لرفع الخطأ القانونى كوسيلة وغاية ، وإنما كان استجابة للرغبة فى قهر مقاومة البرلمانات و « حمل القضاة على احترام القانون » ، وهذا هو الدور الذى لعبته فكرة الخطأ فى القانون .

فإلغاء إجراء « اقتراح الخطأ » والابقاء على إجراء « الالتماس » كان وضعا لمبدأ لم يزل أساسا للنقض كطريق من طرق الطعن وهو اقتصاره على « أخطاء القانون » وفوق ذلك فإن أمر ١٦٦٧ كان واضحا فى تحديده لمهمة مجلس الملك بإبطال الحكم الذى لم يطبق القانون على وقائع الدعوى . وجدير بالذكر أن « مجلس الخصوم » ــ وهو أحد أقسام مجلس الملك ــ أصبح هو المختص بتلك المهمة[2] فكان النواة الأولى لمحكمة النقض[3]

لكن مجلس الخصوم ــ ولهذه الملاحظة شأنها ــ فى سبيل تحقيق هدفه فى

(١) GARRAUD, Traité, op. cit, p. 265

(٢) فى هذا المعنى :

GARRAUD, Traité, op. cit., p. 265
GRASSERIE, op. cit. p. 7.

(٣) WINKEL, op. cit, p. 15.

انظر فى هذا التطور وفى التطور الذى لحق بمحكمة النقض مقاله
JACQUE BERNARD, op. cit,

قهر مقاومة البرلمانات الصادرة فى رفض تطبيق الأوامر الملكية أعطى لنفسه ــ بعد النقض ــ الحق فى أن يتصدى لموضوع الدعوى فصار بذلك جسدا قضائيا ضخما وخطيرا[1] .

(٥٢) ومع الثورة الفرنسية كانت الوحدة التشريعية واحدة من المسائل الهامة لتحقيق الوحدة السياسية للبلاد وبات لزاما أن تتحقق وحدة القانون كتكملة ضرورية لوحدة التشريع[2] بعبارة أخرى لم يعد «احترام القانون من القاضى الأدنى» هو الهدف الذى تستخدم فكرة الخطأ فى القانون فى سبيل تحقيقه والذى لا يتطلب سوى أن نأخذ فى الاعتبار نصوص القانون والحكم المطعون فيه وإنما استخدمت هذه الفكرة فى سبيل تحقيق « وحدة القضاء » التى يتطلب إنجازها الاعتداد ليس فقط بالاعتبارين السابقين وإنما كذلك سائر الأحكام الصادرة قبل الحكم المطعون فيه والتى يمكن أن تصدر من بعده فى فروض مشابهة ، فألغت تشريعات الثورة ــ برغم بعض المؤيدين ــ مجلس الخصوم بأمر ١٧ نوفمبر ١٧٨٩ وأنشأت بأمر ١٢ أغسطس ١٧٩٠ محكمة دائمة ووحيدة للنقض ــ على عكس ما كان يراه البعض ــ وتعتبر جزءا من السلطة القضائية لا

---

(٢) فى هذا المعنى :

JOUARRE, op. cit, p. 341
WINKEL, op. cit., p. 135 - 20
GARRAUD, Traité, op. cit, p. 266
GRASSERIE, op. cit. p. 12, 48

كان هذا السبب تاريخيا وراء مبدأ جريان النقض مشاركة بين محكمة النقض ومحكمة الاحالة خوفا من الجسد القضائى الضخم .

(٢) فى هذا المعنى :

VITU, Traité, op. cit., p. 1189
GARRAUD, Traité, op. cit, p. 266
GRASSERIE, op. cit, p. 9

التشريعية[1] .

وعلى هذا الأساس فإن انشاء محكمة النقض كان تعبيرا عن ضرورة « سياسة وقضائية » فى آن واحد ، كانت ضرورة سياسية للمحافظة على الوحدة الامبراطورية والربط بين مختلف اجزائها ، وضرورة قضائية حتى يلتزم قضاة الاستئناف بالقانون فلا يخالفونه ولا يطبقونه تحكما — دون عواقب — فيصبحون للعدالة أسيادا[2]

والواقع أننا نعجز عن تحديد فكرة « الخطأ فى القانون » فى دورها الجديد دون أن نتعرض بالتحديد للدور المطلوب من محكمة النقض إنجازه ، والتى لا سبيل لها فى تحقيقه الا باستخدام فكرة « الخطأ فى القانون » باعتبارها وسيلة اختصاصها الوحيدة .

وقد كانت المادة الثانية من تشريع ٢٧ نوفمبر ، أول ديسمبر ١٧٩٠ هى أول تحديد لدور محكمة النقض « تبطل محكمة النقض سائر الاجراءات التى خولف فيها الشكل ، وسائر الاحكام التى تضمنت مخالفة « صريحة » لنصوص القانون وليس لها ، بأية حجة أو بأى حال أن تتعرض لموضوع الدعوى[3] . ثم جاء تشريع ٢٠ أغسطس ١٨١٠ ليدقق فى دورها ، تصدر الأحكام نهائية من محاكم الاستئناف ، وأحكامها التى اكتست بالشكل الذى نص القانون على البطلان جزاء اغفاله لايجوز أن تكون محلا للنقض الا بسبب المخالفة

(١) انظر فى هذين التشريعين :

GARRAUD. op. cit. p 266

JOUARRE, op. cit, p. 5.

(٢)

(٣)

JULES LE CIEC'H: Le purvoi en cassation en matière pénale, 1950, p. 40

GARRAUD, Traité, op. cit., p. 268

« الصريحة » للقانون وتكون باطلة الأحكام التى لم تصدر من عدد القضاة المحدد أو من قضاة لم يحضروا جميع الجلسات التى نظرت فيها الدعوى ، والأحكام التى لم تصدر علنا أو التى لم تتضمن أسبابا ويحال نظر الموضوع دائما الى محكمة أخرى .[1]

أما فى مصر فقد تقرر الطعن بالنقض لأول مرة فى مواد الجنايات بتشريع سنة ١٨٨٣ — وكانت تقوم على نظرة بمقتضى المادة ٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى ١٨٨٣ ، الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف التى أصدرت إحدى دوائرها الحكم المطعون فيه ، ثم اتسع نطاق النقض ليشمل كذلك الأحكام الصادرة فى مواد الجنح سنة ١٨٩١ ، وصار الطعن بالنقض ابتداء من سنة ١٨٩٥ ينظر أمام دائرة من دوائر محكمة الاستئناف تشكل من خمسة قضاة يجوز أن يكون أحدهم ممن سبق له المشاركة فى الحكم المطعون فيه .

وظل الطعن بالنقض بلا محكمة ثابتة ترتصد لنظره ويكون لها من ذلك ما يكفل لأحكامها الاتساق والثبات حتى سنة ١٩٣١ حيث تقرر بالقانون رقم ٦٨ فى ٢ مايو سنة ١٩٣١ إنشاء محكمة ثابتة للنقض يكون لها الاجتهاد الاخير فى تأويل القانون وتطبيقه فى المواد المدنية والتجارية والجنائية سواء[2]

---

(١) انظر :

JULES LE CLECH, op. cit, p. 4

(٢) انظر تقديم الاستاذ عبد العزيز محمد فى مجموعة القوانين القانونية التى قررتها محكمة النقض من أول انشائها فى سنة ١٩٣١ حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥١ الجزء الأول — الدائرة الجنائية والدائرة المدنية على التوالى .

على زكى العرابى ص ٢٢٥ وما بعدها

الفصــل الثالث

ارتبــاط الخــطأ فى القــانون

بـدور محــكمة النقــض

(٥٣) تأثير دور محكمة النقض على تحديد الخطأ فى القانون
(٥٤) مختلف المعايير
(٥٥) وحدة القضاء هى الهدف الوحيد لمحكمة النقض
(٥٦) نتائج هذا المفهوم

(٥٣) لا شك أن فكرة الخطأ فى القانون ترتبط بدور محكمة النقض ارتباطا وثيقا ، ولقد جرى منطق من تصدى لهذا الدور من الفقهاء على ان المهمة المطلوب من محكمة النقض إنجازها هى التى تمارس تأثيرها فى تحديد فكرة الخطأ فى القانون بالتوسيع أو التضييق لتتناسب معها فى النهاية[1] . وهو منطق وإن كان صحيحا فى ذاته إلا أنه انطلق من بداية « قلقة » هى تحديد هذه المهمة أو

---

(١) انظر المنهج فى وسائل كل من :

MARTY, OP. cit
PETER NEU, op. cit
WINKEL, op. cit
FRANCOIS, RIGAUX, La nature du controle de la Cour de Cassation, Thése, BRUXLLES 1961

هذا الدور نفسه . وبالتالى كان لزاما علينا أن نضبط ماهية هذا الدور حتى تتحدد على أساسه فكرة « الخطأ فى القانون » كوسيلة عليها أن تطوله ، دون أن تتجاوزه الى هدف آخر بعيد .

(٥٤) فقد قيل — فى مفهوم أول — ان مهمة محكمة النقض لا تختلف — فى طبيعتها — عن المهمة التى تسهر عليها سائر محاكم الدولة ، وليس الطعن أمامها سوى « وسيلة أخيرة » لكى يحصل المتقاضون على حكم مطابق للقانون فى الادعاء المطعون فى الحكم الصادر فيه[١] . والواقع أن هذا المفهوم فى انحصار نظرته فى حدود الادعاء ، وانحصار هدفه فى تحقيق مصلحة الخصوم ، قد انتزع عن محكمة النقض كل « سمة خاصة » تميزها عن المحاكم الأخرى على نحو يتعارض مع تنظيم محكمة النقض ذاتها باعتبارها « محكمة وحيدة » كضرورة فرضتها طبيعة النشاط المكلفة به[٢] ولو قد كانت غايتها مصلحة الخصوم لتعددت وامتد سلطانها إلى الحكم الواقعى حتى تتمكن من تحقيق رسالتها شأن سائر المحاكم الأخرى وهو ما لم يقل به أحد . وحقيقة الأمر أن هذا المفهوم يتجه الى اعطاء — أو تبرير — « محكمة النقض » امكانية تحقيق العدل فى الادعاء المطعون فى الحكم الصادر فيه وهى فكرة كما سوف نرى مرفوضة جملة وتفصيلا ، لأنها تخرج

---

(١) انظر

PETER NEU, op. cit, op. cit, p. 8

MARC ANCEL, Reflextionsur l'etude comparative des cours surpremes et la recoure en cassation, dans l'Annales de l'institut de Droit Compare de l.Universite de PARIS, 1939, p. 295, 295 et 296

ويقرر أن العالم ينقسم الى قسمين : قسم يؤمن بالفكرة المذكورة فى المتن ، كالبلاد الانجلوسكسونية والاسكندنافية وجزء من امريكا اللاتينية والشرق الاقصى . وقسم يؤمن بمحكمة النقض المعنى الدقيق ، وتضم سائر بلاد أوروبا — عدا انجلترا — وعلى الاخص بلجيكا وهولندا وألمانيا وايطاليا وأسبانيا ، ومصر منذ سنة ١٩٣١ . وبوجه عام كل من تأثر بالمفهوم الفرنسى للنقض وخصوصا بعد تقنينات نابليون

(٢) انظر :

PETER NEU, op. cit. ,p. 8

ويقرر انه فى ظل دستور ١٤ ابريل سنة ١٨١٤ فى ألمانيا كان دور محكمة النقض « الوقتية » اصلاح الخطأ فى المواد الجنائية ثم تطور من بعد ليصبح تحقيق العدل فى الحكم بأكثر منه مراقبة للقانون المحض

تماما عن المهمة الحقيقية لمحكمة النقض والتى لم يبصرها أو على الأقل لم يؤمن بها أصحاب هذا المفهوم وهى « وحدة القضاء » .

وعلى الرغم من أحدا لم يعد يعتنق هذا المفهوم « كمفهوم وحيد » لتحديد دور محكمة النقض الا أن البعض قد اعتنقه كمفهوم مكمل للمفهوم الأصلى وهو « وحدة القضاء »[١] .

ومن ناحية أخرى قيل : أن مهمة محكمة النقض هى حمل القضاء الأدنى على احترام القانون ، فهى أداة السلطة القضائية ، أو التشريعية ، للوصول الى هذا الهدف[٢] . وقد رأينا أن هذا المفهوم قد تحقق فعلا فى التاريخ ، كما انه من ناحية أخرى يعتبر صدى للخلاف الذى ثار — عند إنشاء محكمة النقض الفرنسية — بين من نادوا بأن تكون محكمة النقض أداة للسلطة التشريعية حتى تتمكن من تحقيق وحدة التفسير وبين المنادين بأن تكون جسدا قضائيا مستقلا عن السلطة التشريعية[٤] . والواقع أن هذا المفهوم لا يمكن أن يكون فى ذاته هدف محكمة النقض وإنما هو بالأصح وسيلتها لتحقيق وحدة القانون[٣] ولم يعد لهذا الرأى على أى حال أكثر من قيمته التاريخية .

---

(١) انظر:

RIGAUX, op. cit. p. 2
PETER NEU . p cit., p. 8
JEAN CRAVEN. L'influence de droit français sur l'organisation et la juridiction de la Cour de Cassation Genvoise, Dans la Chambre Criminelle et sa jurisprudence, 1965, p. 609

(٢) انظر :

JACOQUE BERNARD, Article. op. cit

(٣) انظر :

PETER NEU, op. cit, p. 9

(٤) انظر :

Mrac Ancel, Article. op. cit, p. 286

ويرى أن السمة الخاصة للمحكمة هى « الوحدة » . وانظر عرضا فيه لتاريخ محكمة النقض الايطالية حيث كانت تضم خمسة محاكم للنقض حتى اصبحت وحيدة فى ٢٤ مارس ١٩٢٣ ومقرها روما .

أما المفهوم الثالث ، الذى قيل به فى تحديد مهمة محكمة النقض — وهو حديث نسبيا — « فمفهوم مكمل » للمفهوم الأساسى للمحكمة وهو وحدة القضاء . حيث تتمتع المحكمة « بالوظيفة التأديبية » على أحكام قضاة الموضوع فلها أن ترفع كل خطأ أو ظلم يقع منهم ، مادام اختصاص النقض قد انعقد قانونا[1] . وسوف نرى أن هذا المفهوم لا يعدو أن يكون وصفا وتبريرا لتوسع محكمة النقض فى تصورها لفكرة الخطأ فى القانون ، على نحو سنلحظه فى دراستنا لعيب التسبيب .

أما المفهوم الرابع ،وهو ما يجمع عليه الفقه الحديث ، فيما نعلم ، إما بوصفه المفهوم الوحيد لمهمة محكمة النقض[2] . وأما بوصفه المفهوم الأساس حيث

---

(١) انظر :

BARDOT, op. cit., p. 101 et s
MARTY, op. citp. p. 277 et s ' p. 367 et s

MATTELIN, op. cit., p. 210
MAURICE CHAVANCE : De la Casation en matiere pénale, These CAEN, 1898, p. 95 ' VITU, Traité, op. cit., p. 1189 et note, 3, '- BOUZAT, Traité, op. cit., p. 1428

(٢) انظر :

LARGUIER, op. cit. p. 120

LEVASSEUR, op. cit ed 1971 p. 284
GARRAUD, Traite, op. cit, p. 275
CRAVEN ,op. cit, p. 623
RIGAUX, OP. CIT. 309 et 362
PAUL LABERT PAGEAUD . Inculpation tardive et controle de le Cour de Cassation. Dans la Chembre Criminelle et sa jurisprudence, 1965, p. 444
JACQUES MAURY, La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassatin, Rev. de Droit international Privé, 1936 p. 548

وفى مصر : على زكى العرابى ج ٢ ص ٢٢٣

يضيف اليه البعض المفهوم الأول[1] ويضاف اليه لدى البعض الاخر المفهوم الأخير[2] . وقوام هذا المفهوم أن مهمة محكمة النقض « مهمة قانونية » هى تدعيم الحقيقة القانونية برقابة الشرعية بالمعنى الضيق ــ « التطبيق السليم للقانون » ــ لتحقيق وحدة القضاء ومن ثم وحدة القانون نفسه ، فالهدف من محكمة النقض تحقيق « مصلحة عامة » ــ تعلو على الحكم المطعون فيه وعلى مصلحة الخصوم ــ هى وحدة القضاء فى الدولة ، وفى وحدتها ومنوال الطعن أمامها ما يكسبها أهلية تعميم الحلول .

تلك هى المفاهيم التى قيلت فى تحديد دور محكمة النقض .

(٥٥) ولا شك فى سلامة المفهوم الاخير وفى انفراده فى تحديد دور محكمة النقض فمهمة محكمة النقض هى « تحقيق وحدة القضاء » فى الدولة ومن هنا القانون نفسه وغايتها هى تلك « المصلحة العليا » دون أن يكون لها أن تعتد على الاطلاق بمصلحة سواها ، سواء بإضافة فكرة « تحقيق العدالة فى الحالة المجسمة » أو فكرة « رفع كل خطأ أو ظلم يرتكبه قضاة الموضوع » حيث

(١) انظر :

WINKEL, op. cit. p. 126 et 150 et 154
DE VABRE, Precis, op. cit, p 402
PETER NEŪ, op. cit., p. 8
GRASSERIE, op. cit. p. 14
WALTHER J. HABSCHEID, LES Cours Superieures en Republique d'Allemagne et la distinction du fait et du droit devant les juridictions supremes en France et en Allemagne, Rev. International de Droit Compare 1908, p. 67

(٢) انظر :

MAURY. op. cit. p. 586
MARTY. p. cit. p. 162 et 365 à 378
VITU. Traite op. cit, p. 1189
JOUARRE. op. cit. p. 3

ينتهى هذان المفهومان الى نتيجة واحدة هى الاعتداد « بمصلحة الخصوم » سواء تحت ستار أن مهمة محكمة النقض لا تختلف عن مهام سائر المحاكم ، أو تحت ستار ما سمى بالوظيفة التأديبية لقضاة النقض على أحكام القضاء الأدنى .

وإذا كان صحيحا ان فكرة القضاء الممتاز كانت سابقة فى الظهور على فكرة وحدة القضاء ، وأن الرابطة المنطقية بين هذا القضاء وتلك الفكرة كانت حديثة الظهور نسبيا[1] ، فان هذا لا ينفى أن الدور القديم الذى لعبه القضاء الممتاز فى فرنسا ــ احترام القانون من القاضى الأدنى . قد اندثر تماما وأن التنظيم الحالى لمحكمة النقض وانحصار الطعن أمامها بالخطأ فى القانون قد ارتبط بهدف التوحيد القضائى كتكملة ضرورية للوحدة التشريعية التى جادت بها الثورة الفرنسية بحيث بات معها من الضرورى وجود محكمة للنقض مهمتها الاشراف على التطبيق الموحد لتلك التشريعات حتى لا تتعدد الحلول فى الفروض المتشابهة نتيجة الاختلاف فى تطبيق القانون أو فى تفسيره فتنتهى الوحدة التشريعية إلى لاشيء ، وهو هدف لم نر من جادل فيه ولا فى ارتباطه الوثيق بدور محكمة النقض حتى من جانب الذين اعتنقوا مفهوما مكملا معه . وفوق ذلك فان المفاهيم التكميلية التى ظهرت حديثا فى الفقه هى فى حقيقتها تبريرا وإن شئت قل وصف لنشاط المحكمة الذى توسع ــ تحت حجة رقابة التسبيب ــ إلى الحد الذى لم يعد يكفى لفهمه هدف وحدة القضاء وحده .

ولا شك أن وحدة القضاء كهدف كانت السبب وراء انفصال الحكم القانونى عن الحكم الواقعى ، وإسناد الخطأ فى الحكم القانونى وحده الى محكمة النقض فالرابطة المنطقية بين الهدف والوسيلة هى التى دفعت الى تخليص محكمة النقض من كل ما يمكن أن يعوقها عن تحقيق الهدف ، فاستبعد الجانب الواقعى من الحكم باعتبار أن مسائل الواقع تلتحم بطبيعتها بالحالة الخاصة على نحو لا

(١) انظر :
GABRIEL MARTY : Etude de droit compare sur l'unification de la jurisprudence par le Cour de Cassation, PARIS, 1938, p. 728

يقبل التكرار على عكس القانون واخطائه فهى القابلة لأن تتكرر وتلعب بالتالى دورها فى وحدة القضاء فالقانون[1] .

ومن ناحية أخرى ، إذا كان من المسلم به — لدى أصحاب المعايير التكميلية — ان الدور الاساسى لمحكمة النقض هو « وحدة القضاء » ، فان كل نشاط تمارسه محكمة النقض بناء على أى من المعيارين التكميليين ، هو إما حاصل وإما مرفوض هو حاصل إذا كان فى اتخاذه ما يحقق وحدة القضاء ، وهذا ما لا يكون إلا إذا كان الحكم مصابا بخطأ فى القانون ، وفى هذه الحالة فان تصدى محكمة النقض لهذا الخطأ إنما يجرى وفقاللمفهوم الأصلى لا التكميلى، أما إذا كان اتخاذ هذا النشاط لا يتعلق بوحدة القضاء وهذا ما لا يكون الا اذا كان الحكم سديدا فى تطبيقه للقانون ، فان أى مفهوم تكميلى يكون مرفوضا لأن تحليل الموقف هنا يتمخض عن فرضين : إما أن مضمون القانون نفسه — وقد طبق تطبيقا صحيحا — لم يحقق العدل فيصبح النزاع هنا فى عدالة القانون أو صلاحيته ، وهى منطقه محظور على السلطة القضائية أن تقع فيها ، إذ عليها أن تطبق القانون أيا كان[2] وليس لمحكمة النقض هنا سوى أن ترفض الطعن وتؤيد الحكم وإن جاز لها أن تلتفت لرئيس الدولة ملتمسة العفو للطاعن ، وللسلطة التشريعية للمطالبة بتعديل تشريعى ولو قد فعلت غير ذلك لخرجت عن حدود اختصاصها ، فتكون قد نقضت القانون لا الحكم ، أما الفرض الثانى فيتحقق حيث يكون الحكم — برغم قضائه الصحيح فى القانون — قد قضى ضد المنطق أو الصواب أو ما يسمى « بالقضاء السيىء » هذا القضاء السيىء يقع بطبيعة الحال — عند انتفاء الخطأ فى القانون — فى الجانب الواقعى من الحكم ، وهى منطقة لا يجوز لمحكمة النقض الاقتراب منها دون تجاوز لاختصاصها المقيد فى

(١) قارب : PETER NEU, op. cit. p. 43 et 44

(٢) قارب : JULES LE CLECH, Article, op. cit, p. 4
WINKEL, op. cit. p. 151

القانون بطريقة مانعة ، بمسائل القانون[١] . كما لا يمكن بطبيعة الحال لفقيه — بمفهوم يتقدم به — أن يعطى مثل هذا الاختصاص لمحكمة النقض[٢] .

ومن الجدير بالذكر ، أن وحدة القضاء تعتبر من الأهداف الأساسية حتى فى البلاد التى لا تعرف نظام محكمة النقض وهى الأنظمة الإنجلو أمريكية ، فالتنظيم القانونى لهذه البلاد فى اعتماده لا على التشريع بالمعنى الواسع ، وإنما على نظام « السابقة القضائية » حيث يتحدد القانون فى حالة محدودة فيلتزم بمضمونه القضاة — وفق قواعد خاصة — فى احكامهم اللاحقة فى الحالات المشابهة بحيث يصعد القاضى بالواقعة لا إلى نص فى القانون وإنما الى سابقة من السوابق . هذا التنظيم يحقق « وحدة القضاء » بطريقة تلقائية على نحو يجعل البلاد التى تعتمد نظام السوابق لا تفهم الاخرين — كما يرى البعض — حين يتحدثون عن محكمة النقض[٣] .

---

(١) فى هذا المعنى :

RIGAUX op. cit. p. 361

CRAVEN, op. cit. p. 625

(٢) ومن الجدير بالذكر أن أصحاب المعايير التكميلية قرروا صراحة أن يسقطوا هذه المفاهيم التكميلية « الاغراض الثانوية » من اعتبارهم حين تصدوا لتحديد سلطات محكمة النقض فى الرقابة — والا — كما يقررون — ادى الامر بنا الى قبول النقض المؤسس على خطأ أيا كان من قاضى الموضوع فتنعدم بالتالى كل تفرقة بين النقض والاستئناف ، وفى هذا مايدعم رأينا ، انظر :

PETER NEU, op. cit, p. 282

(٣) انظر :

WINKEL. op cit, p. 130

GRASSERIE, op. cito, p. 14

ومن الجدير بالذكر أن حجية السابقة فى هذه البلاد تختلف بالنسبة لكل قاضى بحسب ما اذا كانت صادرة من قاضى اعلى منه أم يساويه أم اقل منه .

FRANCOIS GORPH, Les décisions de Justice, Etude, psychologique et judicaire, PARIS, 1952 , p 59 et 60

— على زكى العرابى ج ٢ ص ٢٢٥

هذا هو المنوال الذى تتحقق به وحدة القضاء فى البلاد التى يعتمد تنظيمها القانونى على نظام « السابقة القضائية » أما فى البلاد التى يقوم البنيان القانونى فيها ، على دعامة من التشريع بالمعنى الواسع ، فان وحدة القضاء فيها لا يمكن أن تتحقق الا بوجود محكمة عليا وحيدة — هى محكمة النقض فى البلاد التى اعتمدت النظم الفرنسى — تشرف على سلامة التطبيق الموحد لتلك التشريعات فى سائر إقليم الدولة ، أو تكون على حد قول البعض « حارسة للقوانين »[1] أو « حارسة على التطبيق السليم للقانون » وتتحقق رقابتها على شرعية الحكم — أى التطبيق القانونى السليم فيه — عن طريق الطعن الذى يرفع أمامها والمعروف بالطعن « بالنقض » والذى هو قاصر — باعتباره مجرد وسيلة للتحقق من شرعية الحكم — على أخطاء القانون . وهذا ما لا نزاع فيه .

« الخطأ فى القانون » هو قوام الطعن بالنقض ، ووسيلة محكمة النقض فى مراقبة شرعية الأحكام القضائية[2] .

(١) RIGAUX, op. cit, p. 361
JOARRE, op. cit, p. 3
VITU, Traite, op. cit, p. 1195

(٢) نوقشت قديما فكرة اسناد سلطة التفسير الملزم للقانون الى محكمة النقض على اساس أن التفسير من الوسائل الفعالة لتطبيق قانونى موحد ، سواء فى الصورة التى تدعى فيها المحكمة العليا — فى خارج أى نزاع — الى اصدار مايسمى « بالتفسير المجرد » للقانون والتى يتخذ خصائص التفسير التشريعى الملزم بالنسبة للمستقبل حتى للمحكمة العليا ذاتها . والذى تختلف فكرته فعلا فى القانون الرومانى فى بعض اجابات prudent وفى القانون الفرنسى القديم ، والتاريخ الالمانى . كما يشهد تطبيقا عاما فى بلغاريا حيث تطلبه النيابة العامة من المحكمة العليا فى كل مسألة تثير شكا فى العمل أو لا تلقى تطبيقا موحدا من المحاكم . أم سواء فى الصورة التى لا تستطيع فيها المحكمة أن تصدر مثل هذا التفسير الا بصدد نزاع اختصت به بالفعل ودون ان يلزمها هى نفسها وهى صورة لقيت تطبيقا فى كل من روسيا وأسبانيا ، وتسمى بالاحكام اللائحية .

ومثل هذه السلطة مرفوضة على محكمة النقض لعدة أسباب :

لأن اسناد سلطة التفسير الملزم لمحكمة النقض فيه أولا اخراج لها من نطاق وظيفتها القضائية لتصبح معاونة=

(٥٦) وبعد ، فلعلنا عن خلال ما سبق ، نستطيع أن نحدد الأصول التى ينبغى ــ فيما نعتقد ــ أن يقوم تنظيم النقض ــ طعنا ومحكمة ــ على دعامة من الاعتراف بها .

لما كان الخطأ فى القانون من ناحية ، قابلا لأن يتحقق فى جميع الأحكام القضائية سواء أكانت صادرة فى مادة جنائية أم جنحة أم مخالفة ، فان محكمة النقض ينبغى أن تطوله برقابتها ولو وقع فى مادة مخالفة ، لأن التطبيق الموحد للقانون وبالتالى وحدته ، يعتدى عليه بالخطأ القانونى فى الحكم الصادر فى مخالفة بنفس القدر الذى يحدث نتيجة للخطأ فى القانون فى الأحكام الصادرة فى مواد الجنايات أو الجنح[1]

ومن ناحية أخرى ، فان الخطأ فى القانون هو وحده الذى يتضمن اعتداء على التطبيق الموحد القانون والذى تشرف محكمة النقض على تحقيقه ومن ثم فإن

= للسلطة التشريعية ، وهو ما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات فى الانظمة التى تحترمه . ومن ناحية ثانية فان ذكرى التجربة فى فرنسا ــ وقد مورس هذا النظام فعلا فى تاريخها القديم ــ كانت مانعا فى سبيل اعتناقه خشية اعادة الجسد القضائى الضخم .

وعلى هذا فان الوضع التشريعى فى فرنسا والمانيا وبلجيكا ومصر . لايعطى لحكم النقض حجية تجاوز الحالة التى صدر فيها ، على اعتبار أن هدف الوحدة يمكن تحققه من خلال التأثير الادبى المرتفع لاحكام النقض دون حاجة الى الاعتداء على مجال السلطة التشريعية .

انظر فى هذه المناقشة :

GARRAUD, Traité, op cit, p. 275
JOUARRE, op. cit. p. 34 et 64
GRASSERIE, op. cit, p. 9 et 20
PETER NEU, op. cit. p. 13-14-18
WINKEL, op. cit. p. 130 et 133

(١) قارن : WINKEL, op. cit. p. 126

سلطاتها فى المراقبة تنحصر فى نطاق « الحكم القانونى » لا « الحكم الواقعى » ، وتتحدد فى صرامة شديدة « بالرقابة القانونية المحضة للأحكام »[1] دون أن يكون لها نظر الدعوى من جديد ولا قبول أدلة جديدة فيها ، كما لا يجوز لها بأى حال أن تتدخل فى « عدالة الحكم الموضوعية » أو بعبارة أخرى لا يجوز لها أن تحل نفسها محل قاضى الموضوع لترى ما إذا كان الحكم مبرراً من ناحية موضوعه ومطابقا لما كانت — هى نفسها — تقضى فيه لو كانت قاضية أو ما يسمى « بالحكم السيىء والحكم الأفضل » فمهمتها نقض الحكم لا القضاء فى الدعوى لأنها قاض نقض وليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، أو هى قاض قانونى لا قاض وقائع[2] .

ومن ناحية أخيرة ، فان دور محكمة النقض فى الإشراف على التطبيق الموحد للقانون لا يتطلب على الإطلاق ، أن تمتد رقابتها إلى غير « الحكم » المطعون فيه ، فقد ذكرنا تواً أنها ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى فلا تنظر الدعوى من جديد ، بل عليها أن تأخذ « الحكم الواقعى » كثوابت ليقتصر دورها على التحقق مما إذا كان قاضى الموضوع قد طبق القانون تطبيقا سليما على الوقائع كما أثبتها فى حكمه ، أو بعبارة أخرى تقتصر رقابة محكمة النقض على « أخطاء القانون » الواقعة فى الحكم ومن ثم فهى قاض حكم لا قاض دعوى أو خصوم[3]

---

(١) قارن :
WINKEL, op. cit,. p. 125

(٢) فى هذا المعنى
MARC ANCEL, OP. cit, p. 296
CRAVEN, op. cit, op 645
RIGAUX, op. cit. p. 361
PAGEAUD, op. cit. p. 444
PETER NEU, op. cit, p. 34
JOLES LE CELECH op. cit, p. 4

(٣) فى هذا المعنى
BOUZAT, Traité, op. cit, p., 1447
VITU, op. cit, p. 1188
LEVASSEUR, op. cit, p. 288

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز لمحكمة النقض — عدا بعض الاستثناءات — أن تحل حكمها الذاتى محل الحكم المطعون فيه ، وكل ما لها من سلطات أن تنقض الحكم المطعون فيه – فى حالة ثبوت مخالفة القانون – وتحيله إلى قاضى الاحالة ليصدر الحكم الجديد فى الموضوع وهو مالم يؤمن به المشرع المصرى تماماً .

الفصـــل الرابـع

نـطاق الخـطأ فى القانـون

(٥٧)منطقية ولزوم فصل الحكم القانونى عن الحكم الواقعى واختصاص النقض ـــ طعنا ومحكمة ـــ بالاول
(٥٨)رفض دعوى عدم لزوم الفصل
(٥٩)وضع المشكلة ـــ تقسيم
(٦٠)الاتجاه المنطقى للتفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى بالنظر الى الحكم ذاته
(٦١)مختلف المعايير دراسة انتقادية
(٦٢)فشل الاتجاه المنطقى
(٦٣)معيار مرحلى
(٦٤)الاتجاه الغائى للتفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى بالنظر الى الحكم ذاته
(٦٥)معيار التفرقة
(٦٦)تقدير الاتجاهين المنطقى والغائى ، الموقف المختار . تقسيم
(٦٧)الصورة الأولى : أخطاء تتعلق بالسلطة التى أصدرت الحكم
(٦٨)الصورة الثانية : اخطاء تتعلق بذات التقدير القانونى المبذول فى الحكم : تقسيم :
(٦٩)الخطأ فى القانون ومرحلة الوقائع دراسة تحليلية
(٧٠)اثبات الوقائع ومبدأ حرية القاضى الجنائى فى الاقتناع
(٧١)هل تراقب محكمة النقض معقولية اقتناع قاضى الموضوع عن طريق رقابتها لتسبيب الحكم ؟

(٧٢)الخطأ فى القانون ومرحلة التكييف القانونى للوقائع
(٧٣)الخطأ فى القانون ومرحلة تطبيق القانون على الوقائع
(٧٤)الصورة الثالثة : أخطاء تتعلق بعملية اخراج الحكم القضائى

(٥٧) بصيرورة الحكم نهائيا « تفترض » فيه السلامة القانونية ، ولا يبقى لمحكمة النقض سوى رقابة هذه السلامة أو ما يسمى « برقابة الشرعية » أى التطبيق السليم للقانون فتنصب المصلحة العليا فى « وحدة القضاء » هدفا مباشرا لنشاط محكمة النقض على نحو تتحقق فيه بطريقة غير مباشرة مصلحة الخصوم فى الحصول على حكم مطابق للقانون ، ولما كانت رقابة الشرعية ، لا تحتمل — من محكمة النقض — سوى النظر فى جوانب الحكم التى تضمنت « تقديراً قانونيا» أى كانت محلا لتطبيق قانونى لرفع ما عساه قد وقع فيه من أخطاء هى بالحتم « أخطاء فى القانون » ولما كانت جوانب الحكم الأخرى التى لم تتضمن تقديرا قانونيا ولم تكن بالتالى محلا لتطبيق قانونى يستحيل — من جهة أخرى — أن يكون الخطأ الواقع فيها « خطأ قانونيا » ويستحيل من ثم أن يتضمن اعتداء على — شرعية الحكم — وإن جاز أن يتضمن اعتداء على المنطق أو الصواب .

ونظرا لأن فكرة « التوحيد القضائى » — من ناحية ثانية — لا يتصور لها تحققا إلا فى الجوانب الأولى دون الثانية فالجوانب الواقعية كما تشهد وقائع الحياة ، تلتصق بالادعاء المعروض على القاضى على نحو لا يقبل التكرار ، ولا تثور فيه بالتالى فكرة التوحيد ، على عكس الجوانب القانونية لهذا الإدعاء والتى هى قابلة لأن تتكرر فى كل ادعاء شبيه على نحو لا بد فيه من أن تتحقق فكرة التوحيد صيانة ودعماً لوحدة القانون ذاته[1] . لما كان ذلك ، كان حتما لزاما فصل الجوانب القانونية — الحكم القانونى — عن الجوانب الواقعية — الحكم الواقعى — وتخليص الأولى من الثانية « لانتزاع مناسبة » للتحقق من شرعية الحكم ، ليس

(١) قارن :

PETER NEU, op. cit, p. 33 et 34

فقط لأن الخطأ فى الحكم الواقعى لا يمكن أن يتضمن اعتداء على شرعية الحكم — ومفهوم أن « الخطأ فى القانون » كشرط أساسى لاختصاص محكمة النقض لايتصور تحققه فى الحكم الواقعى — وإنما كذلك ، لأن النشاط التوحيدى لمحكمة النقض هو فى طبيعته نشاط « عام » و « مجرد » كالقانون لا « خاص » و « مجسد » كالواقع .

(٥٨) ولعل فى هذا التصور ما يكفى لرفض الدعوى التى « يبثها » البعض فى أحقية الحكم الواقعى لرقابة محكمة النقض والتى تتأسس — فيما نعتقد — على مفهوم خاطىء للنقض طعنا ومحكمة بدأ هذا البعض دعواه بأن وصف « بعدم الدقة » ما يقال : من ان محكمة النقض ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، لأنه إذا كان القضاء الأدنى — الدرجتان الأولى والثانية — يتعرض للادعاء الجنائى المحول أمامه جملة فى جانبيه القانونى والواقعى ، بينما لا يتعرض قضاء النقض إلا إلى الجانب القانونى ، فمن الدقة أن نعترف بتمتع الحكم القانونى بدرجات ثلاث للتقاضى ، بينما يتمتع الحكم الواقعى بدرجتين فقط . ويستطرد هذا البعض فلا يعترض على الدرجة الثالثة التى يتمتع بها الحكم القانونى « على الأخص » عندما يتناقض الحكمان الصادران قبل النقض ، إذ يصبح تدخل محكمة النقض لازما « للترجيح بين الحكمين المتناقضين » ليس فقط باعتبارها قضاء أعلى وإنما كذلك لكونها تنضم الى أحد الحكمين المتناقضين قضائيا . لكن هذا البعض — من خلال هذا المفهوم — يعترض على حرمان الحكم الواقعى من هذه الدرجة حيث يتناقض فيه القضاء الأدنى بين مؤكد ومنف . ألا يستحق الحكم الواقعى هنا — كما استحق الحكم القانونى — درجة ثالثة لفض هذا التناقض ؟ وإذا كان الأمر كذلك فلماذا لا نجعل من محكمة النقض درجة ثالثة من درجات التقاضى — فى الواقع والقانون — على الأقل عندما يتضارب القضاء الأدنى فى قضائه ؟[1]

(١) انظر :

GRASSERI op. cit, p. 13

WINKEL, OP. cit. p. 126

ويضع هذا الاخير الاتجاه الوارد فى المتن كشرط لمحاكم النقض فى البلاد التى تميل الى ان تجعل منها درجة ثالثة من درجات التقاضى

ولدينا أن هذا البعض يحتاج الى مفهومه للنقض إلى شيء من التصحيح .

فقد أوضحنا توا أن انفصال الحكم القانونى عن الحكم الواقعى كان لضرورة لا تتوافر دواعيها إلا فى الحكم القانونى وهى « رقابة شرعية الحكم » . ونضيف أن الترجيح بين الحكمين — حتى القانونيين — المتضاربين قضائيا لا علاقة له بهذا الانفصال ولا بدور محكمة النقض فلا الترجيح هدفها ولا تضارب القضاء الأدنى شرطاً لاختصاصها ، فهى تراقب حتى الأحكام التى أيدتها الدرجة الثانية فى منطوقها وأسبابها . وحتى إذا سلمنا — والتسليم للجدل — بأن تلك هى مهمة محكمة النقض ، فان تلك المهمة سوف تتلاشى بالتأكيد دواعيها إذ كان القضاء الأدنى مشكلا من درجة واحدة كما هو الحال فى التنظيم القائم لمواد الجنايات . وفضلا عن ذلك فان هذا البعض قد غفل عن أن تدخل محكمة النقض لا يؤدى على العكس ، إذا أدلت برأى ثالث ، إلى تثليث هذا التضارب لا فضه . ولا نعتقد أن هذا البعض لديه إجابة عن سؤال نطرحه عن شكل المحكمة الرابعة التى يتصورها لفض هذا التضارب المثلث .

والواقع ان تنظيما ما ، لو اعتنق هذا الاتجاه الذى نناقشه — حتى ولو كان مفهومه للنقض صحيحا ، واعتبر « تضارب » القضاء الأدنى قرينة على الاعتداء على الشرعية و « تطابقه » قرينة على احترامها — لأهدر وحدة القانون لديه فى تعليقه « لمناسبة » تحقيقها على الخلاف الذى قد يحدث بين القضاء الأدنى ، وهو أمر خطير يتضاعف ، فيما قد يحدث من توافق بين محكمة الدرجة الثانية ومحاكم الدرجة الأولى فى مقاطعة ما ، على تفسير معين للقانون ، قد يختلف عن التفسير الذى توافقت عليه محاكم المقاطعات الأخرى فى نفس الدولة[1] .

كانت تلك بعض الأوليات التى أكدت ضرورة انفصال الحكم القانونى عن

(١) قارب :

WINKEL, op. cit, p. 126

الحكم الواقعى ، ولعلها كذلك قد أبرزت أن الحكم القانونى هو وحده النطاق الذى يمكن أن تحدث فيه أخطاء القانون .

(٥٩) ونهدف بهذا البحث إلى تحديد الإطار النظرى للحكم القانونى ، والذى تنحصر فيه بالتالى أخطاء القانون . ومن باب الإنصاف أن نشدد على الأهمية البالغة لهذا التحديد وإلى الصعوبة الأبلغ فى تحقيقه . فالواقع أن الدراسات التى سبقت فى هدا المجال ، كانت تتخذ من نشاط محكمة النقض ذاته محورها الوحيد لدراسته « كمشكلة عامة » سواء انصبت على واقع جنائى أو مدنى أو غيره — وإن كان الواقع الجنائى قد حظى فيها بأقل نصيب — وهى مشكلة لا يزال الخلاف فيها قائما على أشده ، ولم يزل الغموض مخيما على جوانبها كافة إلى درجة يندر أن نجد اثنين قد اتفقا على نتيجة واحدة أو حتى زاوية للعلاج برغم تحكمها فى الصميم فى نشاط أخطر محكمة فى التنظيم القضائى وهى محكمة النقض . وسوف نقدم صورة متواضعة ، للتحديد الذى نأمله للحكم القانونى على الواقع الجنائى اعتمدنا فيه على ما أمكن استنباطه من هذه الدراسات .

وجدير بالذكر أننا قد تعمدنا البعد — فى هذا البحث — عن النشاط الفعلى لمحكمة النقض والذى لم نعتقد فيه نفعا لإلقاء الضوء على ما نبحثه ، لصلاحية هذا النشاط من جهة لتزكية كل ما يمكن أن يقال . ولا عتقادنا — من أخرى — بأن الدراسة التى تعتمد على نشاط محكمة النقض تنتهى دون أن تدرى ، إلى توصيف هذا النشاط ، لا تحديده ، مبقين له مكانه فى تحديد « ماهية الخطأ فى القانون » ذاته[1]

وبعد ، ففى اتجاهين منطقى وغائى ، يمكن أن نعرض للتحديد النظرى لنطاق الخطأ فى القانون .

---

(١) وهذا هو المعنى الذى سارت عليه معظم الدراسات الجادة . انظر سالة :

MARTY, op. p. 17 - WINKEL, op. cit

(٥٩) على دعامة منطقية من التفرقة الشهيرة بين القانون والواقع ، استهوى الفقه القديم أن يقيم التفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى ، إلى درجة كادت فيه التفرقة الشهيرة أن تكون صياغة لاختصاص قاضى النقض وقاضى الموضوع[١] فتشكل مسائل القانون الحكم القانونى ويعتبر الخطأ فيها خطأ فى القانون يخضع لرقابة محكمة النقض بينما يتشكل الحكم الواقعى من مسائل الواقع ويعتبر الخطأ فيها خطأ فى الواقع يدخل فى السلطان النهائى لقاضى الموضوع .
وقد سبق أن عرضنا لأمر ١٧٩٠ وتشريع ١٨١٠ وقد تقرر فيهما مبدآن هامان :
الأول ، وهو أن النقض لا يكون إلا إذا كان الحكم لم يكتس بالشكل المنصوص على البطلان جزاء إغفاله أو كان قد تضمن مخالفة صريحة لنصوص القانون .
والثانى ، وهو حظر التعرض لموضوع الدعوى من قضاء النقض . وهكذا فليس لأحد — لدى هذا الفقه — أن يجادل فى أن تنظيم النقض يتحدد من خلال التفرقة الشهيرة بين القانون والواقع[٢] .

فالحكم الصادر بالإدانة فى جناية قتل ، إنما هو نتيجة عمليات ثلاث قام بها قاضى الموضوع : أثبت فى الأولى — مثلا — أن زيدا قد صوب سلاحه النارى نحو صدر بكر وأطلق عليه عمدا رصاصة أردته قتيلا ، وهى عملية اقتصر نشاط القاضى فيها على إثبات وقائع الادعاء فى ماديتها المجسمة من ناحية وفى معنويتها من ناحية أخرى . أما العملية الثانية فقد أضفى فيها على هذه الوقائع الخصائص

---

(١) فى المعنى :

RIGAUX, op. cit. p. 65

(٢) فى المعنى :

JOURRE, op. cit, p. 33
GARRAUD, Traité op. cit, p 329
GRASSERIE, op. cit. p. 8
PIERRE DE CHAUVERON, Du pouvoire de controle de le Cour de Cassation sur la qualification criminelle, Thése PARIS, 1908 p. 2 et 3

القانونية للركنين المادى والمعنوى لجريمة القتل ، أى أعطى لهذه الوقائع تكييفها القانونى وفقا للمفهوم الذى استلهمه من القاعدة القانونية الخاصة بجريمة القتل .
أما العملية الأخيرة — صدور الحكم بالادانة — فهى تطبيق للنتائج القانونية المستخلصة من تلك القاعدة على هذه الوقائع . فما هى مسائل القانون وما هى مسائل الواقع فى هذا النشاط ؟

وحصيلة الكلام لدى هذا الفقه ، هى أن العملية الأولى فى نشاط القاضى ، إثبات الوقائع فى ماديتها ومعنويتها ، تشكل كقاعدة عامة مسألة واقع أما العملية الثانية ، التكييف القانونى للوقائع ، فتشكل لدى غالبية الفقه[1] — عدا بعض الاستثناءات التى تحملها المعايير التى سوف ندرسها فورا — مسألة قانون ، كشأن العملية الثالثة التى هى تطبيق النتائج القانونية المستخلصة من القاعدة القانونية على الوقائع[2] .

---

(١) فى المعنى :

CHAUVERON, op. cit, p. 13 à 37
GARRAUD, Traite, op. cit, p. 329
PAGEAUD, op. 444 et 445
BOUZAT , Traité op cit, p. 1435

قارب :

MARTIN, op. cit, p. 10
GRASSERIE, op. cit, p. 12 et 49

ويريان فى التكييف بالاكثر مسألة قانون :

(٢) وجدير بالذكر أن التفرقة بين القانون والواقع قد عرفت فى القانون الرومانى فقد كان القضاء موزعا بين القاضى — والذى كان يختص بالقانون — والبريتور — والذى كان يختص بالقضاء فى الواقع — غاية الأمر أن القضاء فى القانون كان يجرى — على عكس ما يجرى اليوم — قبل القضاء فى الواقع فكان البريتور يحيل الدعوى للقاضى مع بيان القانون الواجب التطبيق عليها . وفضلا عن ذلك فان هذه التفرقة لا تزال محتفظة بأهمية عظمى فى البلاد التى يدخل فيى تنظيمها القضائى عنصرا شعبيا — المحلفون — حيث يختص العنصر الشعبى ، بما يعتقد فيه من خبرة فى الحياة وحوزة للاحساس السليم بالقضاء فى الواقع تاركا أمر القضاء فى القانون للقضاة المتخصصين :

انظر فى ذلك :

Grasserie, op. cit, p. 8

(٦٠) من خلال هذا التصور حاول الفقه أن يقيم التفرقة بين الحكمين القانونى والواقعى من خلال المعايير التى بذلها للتفرقة بين القانون والواقع والتى تركزت — على الأقل فى معظمها — فى فحص العملية الثانية التى يقوم بها القاضى فى إصداره للحكم وهى — التكييف القانونى — والتى كانت محكا حقيقيا لإظهار الحدود الغامضة بين الحكم القانونى والواقعى ، والتى اتجهت — على الأقل فى مرماها الحقيقى — الى مقاومة توسيع محكمة النقض لدائرة الحكم القانونى على نحو ما سنراه فيما تبرز من بينها من محاولات جادة .

فقد قيل أولا أن التفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى إنما هى التفرقة بين المسائل البسيطة والمسائل المعقدة ، فالمسائل البسيطة les questions simpls أى المسائل العامة التى لا تحتاج فى تفسيرها أو « لتطبيقها » لغير النص ذاته فهى التى يتشكل منها الحكم القانونى ، أما الحكم الواقعى فيتشكل من المسائل المعقدة les qustions complexes أى المسائل الخاصة التى تحتاج فى تفسيرها ليس فقط إلى النص ذاته وإنما كذلك إلى ظروف خارجة عنه[(١)]

وقد كان لهذه التفرقة — فيما يبدو — بعض الأثر فى تحديد الرأى الذى انتهى اليه كل من المستشار BROE والمدعى العام DUPIN أمام محكمة النقض الفرنسية فى جلسة ٢٣ مايو ١٨٣٤ فى صدد إحدى جرائم النشر[(٢)] .

فالمشرع — كما يرى المستشار Broé — لم يحدد خصائص « انتهاك حرمة الأداب العامة » أو « انتهاك حرمة الأديان » أو « إهانة شخص الملك » أو

(١) انظر :

CHAUVERON, op. cit, p. 7

(٢) BROE, et DUPIN

Discours à l'audience de 23 mai 1834 Dans ; la Reparatoire de DALLOZ, V Cassation No 1226. ou dans Cas 23 mai 1834 - S.L.p 396

« الطعن فى الذات الملكية أو المؤسسات الدستورية » ، ليس فقط بسبب عجزه عن تحديدها وخطر هذا التحديد لو حاول ، وإنما لأننا هنا بصدد مسألة إقتناع شخصى une question de sens intime يتوقف على ذكاء الفقرات المرفوعة عنها الدعوى ، وعلى مقارنتها بمجموع ما كتب ، ومع قصد الكاتب ، والزمان ، والمكان . فالتقدير الذى يقوم به القاضى يتمخض عن التكييف كأثر ونتيجة مباشرة ومتلازمة ، مختلطا به متحدا معه .

أما المدعى العام Dupin فبعد أن أكد أن محكمة النقض ليس لها ـــ بل وعليها أن ترتفع عن ـــ الدخول فى تقدير الوقائع لكى تستخلص منها التكييف القانونى وأنها تتجاوز سلطاتها إذا نازعت فى المقدمات لكى تغير التكييف ، أو قامت من جديد بتقدير الوقائع « لتخلق » مخالفة للقانون بعد أن أكد ذلك أكد أن هذا التجاوز يكون فى المواد الجنائية أشد خطرا ، فالوقائع أقل تحديدا وأكثر حركة ويدخل فيها القصد الذى يمكن أن يصل تأثيره الى حد تعديل ما يبدو واضحا ، على الأخص فى جرائم النشر ، حيث تكون الجريمة « معنوية » « ذهنية » تتشكل من لفظ ومعنى ومن قصد كاتبها ومن ظروف الأشخاص والزمان والمكان وهذه ظروف كما قد تجعل من كاتبها مذنباً قد تبرزه بريئا .

ومن هنا يمكن استخلاص التفرقة بين التكييفات التى لايحتاج التقدير فيها لغير النص ، والتكييفات الأخرى التى يحتاج التقدير فيها ـــ مع النص ـــ الى ظروف خارجة عنه . هذا الاستخلاص يجد تأكيده فما استطرد فيه المدعى Dupin من أمثلة لتدعيم رأيه ، بين التكييفات التى تخضع لرقابة النقض أى يشكل الخطأ فيها خطأ فى القانون ، والتكييفات الأخرى التى تدخل فى السلطان النهائى لقاضى الموضوع ويشكل الخطأ فيها خطأ فى الواقع فيدخل فى الطائفة الأولى ـــ لدى Dupin ـــ الحكم الذى يثبت أن المتهم كان مختبئا وراء حائط حاملا سلاحا نارياً صوبه نحو عابر سقط صريعا على أثر اطلاق الرصاصة ثم يقرر أن هذه الوقائع لا تشكل جريمة القتل ، وكذلك الحكم الذى ينفى معنى التسور لأن المتهم لم

يستخدم سلما وإن كان قد استخدم لوحا عريضا بطول الحائط أما الطائفة الثانية فقد ضرب النسبة لهذا فضلا عن جرائم النشر جريمة النصب ، فوقائعها متغيرة متنوعة كالذكاء الذى تتمخض عنه ، متحركة كخيال النصابين . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر هذه الوقائع بفحص الظروف وسماع المتهم والضحية ليقر ما إذا كانت الواقعة تشكل نصبا أم لا تشكل .

وقد نعى الفقه على هذه التفرقة أتسامها بالغموض والقصور وسهولة الخلط ، لأنها تستقيم على تفرقة فى الدرجة لا يمكن أن تغير من طبيعة تقدير القاضى[1] .

أما فى المانيا ، فقد حاول البعض اقتباس التفرقة المعروفة فى القانون الإدارى بين « سلطة الملائمة » والأختصاص المقيد أو المرتبط بالوظيفة وتطبيقها على نشاط قاضى الموضوع ، لكنه لما كان تطبيق هذه التفرقة على نشاط القاضى يفترض — أو يؤدى إلى — تمتع القاضى — فى الحالات التى يدعى فيها لسلطة الملائمة — بحرية تكاد أن تكون مطلقة تجاه القانون ، فإن الفقه الألمانى لم يوافق فى مجموعه على هذه النتيجة ، لكنه انطلاقاً منها — وهو إنطلاق سليم فى ذاته — رأى أن المشرع فى الحالات التى لا يكون تقعيده القانونى كاملا أو مستوعباً حتى التفصيلات يفوض القاضى بسلطة تقدير تقترب من سلطة الملاءمة لكنها تتفاوت ضيقاً وإتساعا بحسب التقعيد القانونى الذى يكون على درجة تضييق أو تتسع فى اكتماله أو فى تفاصيله ، وعلى هذا الاساس يمكن التماس التفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى فيما يمكن تسميته « بدرجة الحرية الممنوحة للقاضى فى تقديره » .

تلك هى الفكرة التى ترقد عليها هذه التفرقة .

ويتحدد الحكم القانونى بالحالات التى يدعى فيها قاضى الموضوع لتقدير يدخل فى دائرة « الأختصاص المقيد » وهو مدعو لذلك كلما انصب تقديره

(١) انظر :

CHAVERON, op. cit. p. 7 et 35

على العناصر المكونة لفكرة أو مركز قانونى أو نظام قانونى بينما يتحدد الحكم الواقعى بتقدير هذا القاضى كلما انصب على « طبيعة ومدى » النتائج التى ينبغى ترتيبها على تلك العناصر ، كمقدار العقوبة . ففيها يتمتع القاضى بحرية تقترب من سلطة الملاءمة [1]

ولا شك فى غموض هذا المعيار ، ثم لا شك فى فساده ، على الأقل فى دائرة القانونى الجنائى ، الذى يعتبر التقعيد القانونى الكامل ، بفضل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، شرطاً لوجوده . وبالتالى فلسوف لا يفلت من نطاق الحكم القانونى وفق هذا المعيار سوى « تقدير العقوبة » .

وفضلا عن ذلك فإن سلطة الملاءمة — مهما خفضت عن معناها الحقيقى — مرفوضة مطلقاً على القاضى تجاه القانون ، فهو خاضع على الدوام لحدود قانونية . ولعل هذا ما دعا أصحاب هذا المعيار الى القول بأن حرية القاضى تتفاوت ضيقاً وأتساعاً بحسب عمومية التشريع والواقع أن هذا التفاوت فى ذاته سوف يظل ما نعاً عن رسم حدود واضحة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى وهو ما كان وراء التفات الفقه الألمانى فى مجموعه عن هذا المعيار[2]

ومن ناحية أخرى ، فثمة معيار يعتمد على ما يمكن أن نسميه « بدرجة عمومية النشاط المبذول من القاضى » . ومقتضاه التفرقة بين مسائل التكييف العام والتى يتشكل منها الحكم القانونى ومسائل التكييف الخاص والتى تشكل الحكم الواقعى .

ويعتبر التكييف عاماً إذا كان القاضى قد أعطى به تعريفاً لإصطلاح قانونى

---

(١) انظر :

PETER NEU, op. cit, p. 277 et 278

وانظر :

MARTY, op. cit, p. 266 à 276

(٢) انظر :

PETER NEU, op. cit., p. 281

استخدمه المشرع دون تحديد لمعناه « كالجريمة السياسية » أو « الفعل الفاضح » أو « الأهانة » ، ويكون التكييف عاماً كذلك إذا كان القاضى قد قرر « بطريقة عامة » أن هذا الاصطلاح ينطبق على طائفة ما من الوقائع . بينما يعتبر التكييف خاصاً إذا كان القاضى قد قرر به أن الوقائع التى أثبتها نهائياً تسقط أو لا تسقط فى المضمون القانونى لقاعدة معينة[٢]

وقد تعرض هذا المعيار للنقد .

فالتكييف العام ـــ فى حقيقته ـــ ليس إلا تحديداً للمعنى القانونى للقاعدة . ومحكمة النقض ـــ ومن باب أولى سائر المحاكم ـــ لايمكنها ـــ فى التزامها بالتقييد فى حدود الأدعاء المعروض ـــ أن تقدم« بطريقة عامة » سائر الآثار التى تترتب على التحديد القضائى المبذول للاصطلاح القانونى الذى لم يحدد المشرع معناه ، هذا من ناحية التكييف العام . أما التكييف الخاص فليس فى واقعه ، سوى إستخلاص لنتيجة قانونية من مركز واقعى وفقا لمفهوم القاضى . أو قل ليس إلا تطبيقاً للقاعدة القانونية على الوقائع التى أثبتها القاضى وفقاً لمفهومه لتلك القاعدة وأفلات مثل هذا التكييف من دائرة الحكم القانونى ، إنما هو إفلات « لعمل معيارى » يباشر ولا شك تأثيره فى الأحكام التى تصدر فى حالات مشابهة[١]

وقد اتجه البعض الى التماس التفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى فى « طبيعة النشاط المبذول من القاضى » .

فالتقدير عموماً يعنى المواجهة بين واقعة ما أو مركز معين وبين قاعدة . وكل قاعدة تنتسب الى نظام أعلى يصبغها بالطابع العام الذى يميزه ، فاذا كان للنظام

---

(٢) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 243 .
MARTY, op. cit, p.197 et s

ويرى فى رأى Dupiu, Broe صدى لهذا المعيار

(١) انظر الهامش السابق (هامش « ٢) ص ٢٠٠)

القانونى طابعه المميز فإن للنظام المادى والمعنوى كذلك طابعهما المميز . وأمتداداً لهذه الفكرة فثمة تقدير قانونى وتقدير مادى وتقدير معنوى يشكل الأول الحكم القانونى بينما يشترك الأخيران فى تشكيل الحكم الواقعى[1]

فلصدور حكم بالادانة فى جريمة السرقة هناك ثلاث درجات من التقدير . لأنه فى سبيل ثبوت الجريمة على ما تنص عليه المادة ٣٧٩ ق.ع. فرنسى — كما يرى CHENON — الأختلاس بطريق الغش لشىء للغير Le soustraction frauduleuse de la chose d'aurui ينبغى أن يثبت قضاة الموضوع أن المتهم قد أخذ Oappréhendé شيئاً للغير ، وأن هذا الأخذ كان بطريق الغش frauduleuse ، وأنه يكون اختلاساً soustraction . فأما عن واقعة الأخذ appréhension وخصيصتها الغشية فيدخلان فى الحكم الواقعى أما أسناد صفة الاختلاس وهى الصفة القانونية لهذه الوقائع فهذه تدخل فى تشكيل الحكم القانونى . وعلى هذا يرتكب قاضى الموضوع خطأ فى القانون لو أعلن توافر هذه الصفة فى واقعة رفض فيها المتهم أن يرد قطعة نقود كانت قد سلمت له لفحصها[2] .

ويبدو من هذا المثل أن المقصود بالتقدير المعنوى ، الركن المعنوى للجريمة[3]

والواقع أن هذا الأتجاه — وقد اكتفى بضرب المثل — لم يقدم لنا تصوره عن مضمون التقدير القانونى . وترك مبهما إمكانية الفصل بينه وبين غيره من

---

(١) انظر :

PETER NEU . p. cit, p. 277
MARTY, op. cit, p. 198 et s.

(٢) EMIUE CHENON, Origines, conditions et effets de la Cassation, 1882, p. 166 et s .
CHAUVERON, op. cit, p. 28

(٣) انظر :

CHAUVERON, op. cit, p. 29

التقديرات[1] . وفضلا عن ذلك فإن التقدير المعنوى أو المادى يمكن أن يكون فى الوقت ذاته تقديراً قانونيا فحين يتطلب القانون من القاضى تقديراً معنويا ـــ كتقدير « الأهانة » فى مقالة صحفية ـــ فلأنه يعلق على توافر تلك الصفة نتيجة قانونية معينة[2] .

وثمة معيار يمكن تقريبه من المعيار السابق من حيث اعتماده هو الاخر على طبيعة « النشاط المبذول من القاضى » وخلاصته أن كل ما يقتضى من القاضى تقديرا فى سبيل تطبيقه يعتبر مسألة قانون . أما مسائر الواقع فانها لاتحتاج فى اثباتها الى هذا التقدير[3] .

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أن ثمة مسائل لا شك فى قانونيتها ولا تحتاج مع ذلك الى تقدير فى سبيل تطبيقها ، كما أن من مسائل الواقع ما قد يتوقف اثباته على شىء من التقدير[4]

والواقع أن تطبيق أمر ما ، شأنه شأن إثبات شىء ما ، لا يمكن ـــ فيما نعتقد ـــ أن يتم دون تقدير ، غاية الأمر أن هذا التقدير قد يكون أحيانا من « البساطة » بحيث لا يلحظ . لكنه فى النهاية تقدير .

لكنه لا شك فى أن أخطر المعايير التى قيلت على الأطلاق ، وكان لها أثر هام

---

(١) انظر :

MARTY, op. cit, p. 203

(٢) انظر :

PETER NEU , op. cit, p. 277. à 280
CHAUVERON, op. cit, p. 29 et s

(٣) و (٤) انظر :

KARL ENGISH, op. cit, p. 366
Dislecteca, vol, 15 No, 3/4

مشار اليه فى : فتحى سرور المرجع السابق ص ٩٢١

على قضاء النقض فى فرنسا وغيرها ، هو معيار الرئيس BARRIS الذى تضمنته مذكرته الشهيرة التى ألقاها على محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٨٢٢ حيث كان يترأس الدائرة الجنائية فيها[1] . قد قدم الرئيس BARRIS معيارا للتفرقة بين الحكم القانونى والحكم الواقعى فيما يتعلق بأغمض مناطق التفرقة وهى التكييف ، وقد أعتمد معياره على التفرقة بين المفاهيم المحددة من جانب المشرع وتدخل فى الحكم الأول ، والمفاهيم التى لم يتناولها المشرع بالتحديد وتدخل فى الحكم الثانى .

وقد انطلق BARRIS فى رأيه الشهير من مقدمات رئيسية ثلاث :

الأولى : أن محكمة النقض « قاضى قانون » مهمتها رفع « أخطاء القانون » الواقعة من قضاة الموضوع ، ولا شأن لها بفكرة الحكم السيىء أو الحكم الحسن . وقضاة الموضوع لا يمكن ، فى تحديدهم للمفهوم القانونى لجريمة لم يتناولها المشرع بالتحديد أن يرتكبوا مخالفة للقانون ، ولا يمكن بالتالى أن يتمخض نشاطهم عن خطأ ولو قد تمخض فسوف لا يكون إلا فى صورة « حكم سيىء » ، الأستئناف هو وسيلة اصلاحه الوحيدة ، وهل من قال أن الحكم السيىء يعتبر سببا للنقض ؟

الثانية : أن المشرع فى عدم تحديده للمفهوم القانونى لبعض الجرائم ، انما يسلم باختلاط الواقع بالقانون فيها على نحو لا يمكن فصله ، فما هو حدد مفهومه « للاهانة » وما هو بمحدده لتنافر هذا المفهوم مع التحديد والأطلاق . ولتوقفه دائما على ظروف القصد والزمان والمكان والدرجة الاجتماعية التى يشغلها من أهان ومن أهين . هذا الأختلاط الحميم بين الواقع والقانون هو الذى دفع المشرع الى أن يتنازل فيفوض القاضى — لقربه من الواقعة — فى تحديد الخصائص التى ينبغى « وفقا لاقتناعه » توافرها فى واقعة ما لتستجمع صفة الأهانة تكييف هذه

---

(١) BARRIS, Note lue devant la Cour de Cassation, dans le réparatoire de Dalloz, V Cssation No. 1224

الجرائم إذن ، يعتبر حسما لمسألة واقعية تتوقف على التقدير الأدبى لقاضى الموضوع لكافة الظروف المتعلقة بالادعاء ليس هذا التكييف قانونيا ، لأنه لا يتشكل من عملية تحليلية ناتجة عن استدلال قانونى وإنما هو تكييف أدبى لأنه يتشكل من عملية تركيبية ناتجة عن شعور أدبى متلازم مع الأقتناع .

الثالثة : أن ما يقال — جرياً وراء بعض أحكام القضاء القديمة — من أن التكييف القانونى هو الوسيلة الوحيدة للتطبيق السليم للقانون الجنائى — وأن الخطأ فيه يؤدى الى خطأ فى هذا التطبيق ، بحيث ينبغى الأعتراف به — الخطأ فى التكييف — كسبب للنقض — هذا السبب وهذه النتيجة يعتبران انحرافا فى فهم القواعد التى تحكم تنظيم المحكمة ، ولو استمر هذا التفسير ، لأصبحت محكمة « اصلاح » و « الغاء » لأصبحت بعبارة أخرى « محكمة عليا وعامة للاستئناف » ولأعطت لنفسها من حيث المبدأ — وقد تحققت نبوءة الأستاذ BARRIS فعلا — الحق فى فحص مغزى morailté وتكييف الوقائع التى لم ينظمها القانون ، وما توانت عن بسط سلطانها على سائر المواد المدنية والجنائية ، ولقيل بأن التحقيق الذى كان سبباً فى تطبيق القانون كان سيىء التقدير ، وبأن الوقائع التى أعطيت لها صفة الغش كانت سيئة الثبوت فإن هذا التقدير السيىء أدى الى مخالفة حقيقية أو سوء تطبيق للقانون . وهكذا تخضع الدعوى برمتها للمحكمة بحجة أن لمحكمة النقض أن تبحث ما إذا كان القانون قد أحسن تطبيقه على الوقائع أم لا ، ولأمتد إلى كل عناصر التحقيق التى صدر الحكم على أساسها .

إن قضاة الموضوع « محلفون » فى الحكم على كل ما لم يقعده القانون ، فلا غير اقتناعهم يتبعوه ، ولا غير الأستئناف لمراجعة ما قرروه فالقانون لا يعرف لمراجعة الحقيقة القضائية سوى درجتين للتقاضى .

ومن ناحية أخرى ، فإن الجرائم غير المحددة المفهوم ، لا يمكن أن تتضمن

مخالفة « مباشرة » للقانون ، مادمنا نفترض أنه قد طبق صحيحا على التكييف الذى أعلنه القاضى . فإذا ما سمح بإثارة الخطأ فى هذا التكييف ، فإن هذا الخطأ سوف يشكل ــ على أقصى تقدير ــ مخالفة أو سوء تطبيق « غير مباشر » للقانون على الوقائع المادية الثابتة مخالفة غير مباشرة ــ لأن هذه المخالفة أو سوء التطبيق لكى تحجج ــ ينبغى استبعاد الحكم الصادر من المحكمة لتحل آخر محله ، وهكذا فإن وجه الطعن يقع مباشرة على « الخطأ فى الحكم الواقعى » sur l'erreur de le déclaration ولا ينعكس على تطبيق القانون إلا بالتبع وبطريقة غير مباشرة ، والمادة السابعة من قانون ٢٠ أبريل عام ١٨١٠ تمنع محكمة النقض صراحة من نقض أحكام المحاكم العادية الا بسبب المخالفة المباشرة للقانون . أو المخالفة الصريحة إذا تخيرنا لفظ القانون . أن محكمة النقض ليس لها أن تفحص سوى القواعد المتعلقة بمراعاة الشكل وتطبيق القانون على الوقائع كما هى معلنة وكما هى مكيفة .

هذه هى المقدمات التى انطلق منها فقه الرئيس BARRIS

فسائر الفكر القانونية التى تناول المشرع مفهومها بالتحديد ، تدخل فى دائرة الحكم القانونى وعلى قاضى الموضوع أن يتطابق معها وإلا أرتكب مخالفة للقانون . أما الفكر القانونية الأخرى التى يتواضع المشرع على الاشارة اليها دون تحديد لمفهومها « كالفعل الفاضح » و « الجريمة السياسية » و « خدش الحياء » و « الأهانة » ... الخ ، فتدخل فى دائرة الحكم الواقعى ، لأن المشرع كما يرى الفقه الألمانى ــ قد وقع فيها لقاضى الموضوع على بياض[1]

وغنى عن البيان ، أن القانون الجنائى يقوم على شبكة بالغة الدقة من النماذج

---

(١) انظر :

ALBERT LIRMIN, - LIPMANDes cas d'ouvertures à Cassation en matiqee penela, These PARIS, 1896 p. 113 et s. sp. 118
CHAVENCE, op. cit, p. 121 et s. - Rigaux, op. cit, p. 240
- PETER NEU op., cit, p. 270 et s. ' MARTY op. cit, p. 192 et s.

الإجرامية المحددة المفهوم ذلك أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يدفع بالمشرع ـــ أو المفروض أن يدفعه ـــ الى بذل منتهى الجهد فى الأفصاح عن الواقع الذى يقصده بأقصى ما يمكن ومع ذلك فإن عددا من الأفكار ـــ أشرنا إلى بعضها توا ـــ لتعلقه بواقع لامتناه يستعصى على التحديد المطلق أو المحدد[1]

ولم يرضى الفقه عن هذا المعيار .

قالوا : انه حشرجة تاريخية لدور قد اندثر عن محكمة النقض وهو اجبار القضاة الأدنى على احترام القانون فى وقت أصبحت فيه مهمة النقض هى « وحدة القضاء » ونعوا عليه كذلك افتقاره الى الدقة التطابق مع واقع الأمور ، فيمكن من وجهة نظر ـــ اعتبار سائر الفكر القانونية محددة المفهوم من جانب المشرع لأنه قد خص كلا منها بتسمية ، وكل تسمية تخفى وراءها مفهوماً محدداً . ولا شك أن القاضى الذى يعتبر واقعة ما «اهانة » مع انها فى الحقيقة « خدشاً للحياء » يخالف القانون ويؤثر فى وحدته ، لكنه يمكن ـــ من وجهة نظر مضادة ـــ اعتبار سائر الفكر غير محددة المفهوم من جانب المشرع بالمعنى الحقيقى للتحديد[2] . ومن هنا فإن هذا المعيار ليس الا إبدالا للمشكلة لتظهر من بعده بوجه جديد[3] فالفكرة القانونية ـــ محددة المفهوم وغير المحددة ـــ تدخل فى إطار الحكم القانونى غاية الأمر ، أن القاضى يتطابق فى الفكرة المحددة مع المفهوم القانونى المسجل أما فى الفكرة غير المحددة فعليه أن يتطابق مع « المعنى المألوف للفكرة » وإلا أنهارت وحدة القانون[4]

(١) فى هذا المعنى : RICAUX, op. cit, 239

(٢) انظر : PETER NEU op. cit, p. 279
MARTY, op. cit, p. 194
GARRAUD, Traité T. V. op. cit, p. 334

(٣) انظر : MARTY, op. cit, p. 194 et 196

(٤) انظر : RIGAUX, op. cit. p. 240

(٦١) ومن هنا يتضح أن معايير التفرقة بين القانون والواقع قد فشلت فى أن تمدنا بالمعيار المنضبط للفصل بين الحكم القانونى والحكم الواقعى . لأن تلك التفرقة فى سائر المعايير التى اتخذتها قد اصطبغت بطابع تجريبى محض لا يصلح — وليس لمثله بالطبيعة أن يصلح — لإيجاد نظرية كاملة ومحددة وصالحة للتطبيق العملى . هى معايير أن جاز اعتمادها فهى وصف لنشاط محاكم النقض .
تعبر عن الحصيلة الخادعة لنشاط هذا القضاء حيث زكى كل هذه المعايير فالحدود غير المفهومة التى رسمها هذا القضاء — ذاتياً — لإختصاصه تظهر فى حالات تتشابه فيها المسائل ويتضاد الحكم ، وتتضاد المسائل فيها ويتشابه الحكم إلى درجة دفعت البعض إلى التسليم باستحالة حدوث التفرقة إلا بطريق القائمة دون أى تقسيم[١]

وقد حاول البعض أن يفسر هذا « التضارب » وعدم الأنسجام فى حصيلة نشاط المحكمة بإستخدام فكرة الزمن . فالحلول التى تبدو متضاربة انما هى تعبير عن التطور القضائى نحو صقل مبدأ Ex facto oriture jue فمع الزمن تتكرر الوقائع وتتضاعف تكييفاتها فتمد المحكمة سلطانها الى هذه التكييفات بمعنى آخر مع الزمن ينكمش الحكم الواقعى لصالح الحكم القانونى[٢]

وفوق ذلك فإن سائر المعايير التى قيلت ، تفتقر — بدرجة أو بأخرى إلى مضمون محدد يستطيع رجال القانون إستخدامه ، فهى لا تعدو أن تكون إبدالا للمشاكل أو تكرارا للكلام ليأخذ المعيار نفسه ذات غموض المشكلة الأم[٣]

---

(١) قارن فى المعنى لدى : RIGAUX, op. cit. p. 75 et 67

(٢) انظر : RIGAUX, op. cit, p. 67

(٣) ينقد : Rigaux, op. cit, p. 28

المعايير "السابقة » باعتبارها قد توجهت الى مسألة التكييف . وبرغم أهميته فانه لا يستغرق سائر النشاط المناط بالمحكمة وهو ما لا نراه حاسما . لأن هذا التوجه كان مقصودا باعتبار التكييف هو المسألة الوحيدة — فى منطق الفقه التقليدى — ذات الخلاف

ولعل هذا ما يفسر ذلك الموقف اليائس أو العاجز الذى اتخذه بعض الفقه تجاه هذه المشكلة . فأعترف أغلبهم بأنها مستحيلة التحقيق بينما سلم آخرون بصعوبتها وحتميتها فى الوقت ذاته[1] وهناك من قرر أن الواقع والقانون لا ينفصلان كوجه الثوب وظهره أو كالشكل والجوهر[2] وهناك كذلك من قرر أن هذه التفرقة « غير موجودة » لأن الواقع لايكون إلا من اللحظة التى يصبح فيها موضوعا لتطبيق القانون . والقانون لا قيمة له إلا من اللحظة التى ينطبق فيها على الواقع . فالقانونى الذى يفكر فى الواقع انما يفكر فيه كموضوع لتطبيق قانونى وحينما يفكر فى القانون فانما يفكر فيه كشكل مخصص للواقعة[3] وفوق ذلك فإن محكمة النقض لا تستطيع أن تتخلص من تأثير الواقعة تحت حجة القانون عندما تكون العدالة فى الميزان وهذا ما عبر عنه واحد من قضاتها بقوله : ان القاضى ينبغى أن يمزج فى عقيدته حب القانون وحب العدالة فى آن واحد ، كصدى لما قرره الأستاذ « ديليتالا » من أن العدالة هى التى تعطى للقانون شكله[4] وفى النهاية فإن التحديد المنضبط للوقائع — كما يرى البعض — يأخذ أهمية قصوى على

---

(١) هذا ما قرره :
PETER NEU op. cit. op. 193
انظر المرجع المشار اليه فيه :
HADSCHEID, op. cit, 91

(٢) انظر :
E. FERRI
Sociologie criminelle, Alcan, 1914, p. 543

(٣) انظر
JEAN RAY
مشار اليه فى :
GORHE, op. cit, p. 83

(٤)
MATTELIN, op. cit, p. 214
FABREGUTTE
مشار اليه فى :
GORPHE, op. cit, 83

الأقل تتساوى مع تقديرها القانونى . فوقائع الدعوى هى الأساس أما مسائل القانون فإنها مسائل ذهنية cultivée فإذا نحن فصلنا طريقة استخلاص هذه الوقائع عن القانون فإننا نبحث عن وجود الحكم بمغامرة قانونية[١]

(٦٢) على أن ثمة معياراً يمكن اعتباره أول تنازل فقهى عن الطريقة المنطقية فى التفرقة بين مسائل القانون ومسائل الواقع لتحديد الحكم القانونى والحكم الواقعى ، ويمكن من ناحية أخرى اعتباره الأرهاصة الأولى فى تاريخ الطريقة الغائية فى التفرقة . ومقتضاه أن مسائل القانون ، هى المسائل التى يمكن أن يشاد حلها فى قاعدة قانونية . أما مسائل الواقع ، فهى المسائل التى لا يكون حلها إلا نسبياً ومتعلقاً بواقعة خاصة ولا يكون بالتالى قابلا لتطبيق عام[٢]

ولكى يحسن فهم هذا المعيار ينبغي — كما يرى أصحابه — تبديد اعتقاد خاطىء مقتضاه أن مسائل القانون لا تتضمن عنصراً واقعياً على الأطلاق ، أو أن مسائل الواقع عاجزة عن الوفاء بنتائج قانونية .

فثمة اسئلة ثلاثة تفرض نفسها على قاضى الموضوع فى جريمة قتل المولود d'infanticide

— أكان الطفل حيا ؟

(١) مشار اليه فى GUTMANN

GORPHE, op. cit, p. 84

ويضيف GORRPHE أن ثمة « وقائع عامة » ومسائل قانون مجسدة تضاعف هذه العيوب

(٢) قارب : CHAUVERON, op. cit, p. 3 et s.

JOUAKRE, cit, p. 38

ـــ أكان الطفل قابلا للحياة ؟
ـــ أكان الطفل حديث الولادة ؟

فأما السؤال الأول فيتعلق بواقعة مادية ، أنه تأكيد أو نفى لواقعة حسية لا تحتاج الى استدلال . على عكس السؤال الثانى الذى تتوقف الاجابة عليه على شيء من الاستدلال : ثبوت بعض المظاهر المادية واعتبار بعض الملاحظات الطبية لتصل بطريق الاستدلال الى الاجابة على هذا السؤال . وإذا كان لا شك فى تعلق هذين التأكيدين بواقع محض ، فلا شك كذلك فى حيازتهما لمضمون قانونى إذ تتحدد بهما « طبيعة الطفل » ويأخذ القتل الذى راح ضحيته تكييفه الصحيح لكن هذا المضمون نسبى ومتعلق بالفرض الذى نناقشه : كون الطفل حيا تقدير يتعلق بهذا الطفل ، وبه فقط . وكونه قابلا للحياة برغم أنطوائه على « تطبيق لقانون علمى عام » ـــ يضع الاشارات التى يستدل منها على قابلية الطفل للحياة ـــ ليس أعمالا بأى حال لقاعدة فى القانون .

أما بالنسبة للسؤال الثالث « حداثة الولادة » فإنه يتعلق بنسبة « صفة قانونية » إلى الطفل الحى القابل للحياة ، صفة قانونية لأن الركن المادى فى هذه الجريمة قتل طفل حديث الولادة . فإذا ما أعلن الحكم أن الطفل الذى عمره ثمانية أيام حديث الولادة ، فكأنه قد أعلن قاعدة قانونية مقتضاها أن كل طفل ولد حيا وقابلا للحياة عمره ثمانية أيام يعتبر حديث الولادة[1]

وبهذا العرض اعتقد أصحاب هذا الرأى انهم قد أزالوا كل غموض يحيط بمعيارهم فالتأكيد القانونى « بحداثة الولادة » إنما نتج من تأكيدين واقعيين ـــ كونه حياً ، وقابلا للحياة وفى هذا ما يثبت أن مسائل القانون لها مقدمات واقعية وأن لمسائل الواقع نتائج قانونية .

(١) انظر :

CHAUVERON, op. cit, p. 3, 4 et 5

وقد تعرض هذا المعيار للنقد .

فالواقع أن درجة عمومية التقدير الممنوح « للمسائل » من قاضى الموضوع ليس معياراً حاسما كما يتصور أصحابه ، لأن هذا المعيار لم يفعل سوى أن أحل سؤالا مبدئيا محل السؤال الأصلى ويتسم بذات غموضه : ما الفرق بين تقدير الواقع المحض وتقدير الوقائع ذات المضمون العام ؟ أو متي يمكن وصف حكم قاضى الموضوع بأنه يعطى مضمونا عاما، وكيف نحدد فيه أجزاء الواقع المحض ؟[1]

كانت تلك خلاصة ما أرتآه الفقه القديم .

(٦٤) رأينا كيف أن الطريقة المنطقية فى تحديد نطاق كل من الحكم القانونى والحكم الواقعى على أساس التفرقة بين مسائل القانون ومسائل الواقع قد فشلت فى تبيان حدود الفصل بينهما ورأينا كذلك كيف أن المعايير التى بذلت فى هذا الصدد — على الرغم من فشلها بوجه عام . كانت تتجه الى التضييق من نطاق الحكم القانونى[2] بإستبعاد كل ما لا يمكن فصله من مسائل القانون عن مسائل الواقع ، سواء تمثل هذا الاستبعاد فيما سمى بالمسائل المعقدة ، أو التى يتمتع فيها القاضى بحرية أرحب ، أم تمثل فى التكييف الخاص أم التقديرات غير القانونية أم المفاهيم غير المحددة وأخيراً فى تقديرات الواقع المحض . والواقع أن استقامة هذه المعايير على « الطريقة المنطقية » قد بعد بها عن أن تنسجم مع ما تقضيه طبيعة المشكلة التى نحن بصددها من فهم واع لطبيعة الدور المطلوب انجازه والغاية المستهدف تحقيقها . فأعتماد التفرقة المجردة بين القانون والواقع — على منهج المدرسة المنطقية — تزييف للمشكلة الحقيقية وافقاد لمعناها المعقول[3] فاسناد

---

(١) RIGAUX, op. cit, p. 77

(٢) فى هذا المعنى : HABSCHEEID, op. cit, p. 88

(٣) قارب : PETER NEU, op. cit, p. 193

الأختصاص لمحكمة النقض بفحص الحكم القانونى وأنفصال هذا الأخير عن الحكم الواقعى لم يكن نوعا من التوزيع العادى للأختصاص ، ولا رغبة فى أنشاء درجة ثالثة من درجات التقاضى . أسناد هذا الأختصاص ، وأنفصال هذا الحكم انما انبعثا عن ضرورة فرضتها « لا نتزاع مناسبة » لرقابة شرعية الحكم وتحقيق وحدة القضاء صيانة وتثبيتا لوحدة القانون ذاته تلك هى الغاية التى من أجل تحقيقها أنشئت محكمة النقض وأختصت بسببها بمسائل القانون فقط ، ومن هنا كان حتما لزاما أن يتحدد نطاق الحكم القانونى على هدى منها فيتشكل الحكم القانونى من سائر المسائل التى يمكن أن تخدم هذه الغاية[1]

ولكن نبرز حدود المشكلة ينبغى أن نحدد ابتداء ، النشاط المطلوب من قاضى الموضوع انجازه وهو فى أختصار أن يقول القانون فى الأدعاء الجنائى المحمول أمامه . وأن عليه ليقوله أن يمسك أولا بوقائع هذا الادعاء أى ثبوتها . ثم عليه ثانيا أن يصعد بهذه الوقائع — بعد ثبوتها . إلى قانون العقوبات للبحث عن القاعدة القانونية القابلة للانطباق على تلك الوقائع ، أى لمعرفة ما اذا كانت تلك الوقائع تدخل أم لا — فى الصياغة القانونية لأحدى الجرائم المشار اليها فيه . ونشاطه فى هذه المرحلة عبارة عن عملية « اختيار » ، ليستخلص فى النهاية حكمه هذا النشاط — وهو معروض بأبسط صورة — يمكن تنميطه فى عملية استنباط منطقى تتكون من مقدمة كبرى ومقدمة صغرى ونتيجة : تكون المقدمة الكبرى فيه هى مضمون القاعدة التجريمية أى شق التكليف وشق الجزاء — أما المقدمة الصغرى فهى تأكيد — أو انكار — ثبوت الوقائع المشكلة لمضمون القاعدة التجريمية . أما الخلاصة فهى ترتيب النتيجة القانونية — البراءة ، أم الأدانة — المستخلصة من المقدمة الكبرى على وقائع المقدمة الصغرى .

---

(١) انظر :

HABSCHEID, op. cit, p. 90 et s
WINKEL, op. cit., p. 147 et s
PETER NEU op. cit, p. 194
MARTY, op. cit, p. 215 et s

وجدير بالابراز هنا ، أن المقدمة الكبرى تتوقف صحتها فوق ماهيتها ــ شق التكليف والجزاء ــ على عملية مبدئية هى كما ذكر « عملية الاختيار » أى اختيار النص الواجب التطبيق على الوقائع الثابتة . هذا الاختيار يمثل الرابط المشترك بين المقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى أو هو اللغة الصامتة بينهما والذى هو بالتحديد أساس التكييف القانونى لهذه الوقائع[1] .

وإذا كان الحكم القضائى ــ وفقا للتعريف التقليدى ــ خلاصة استنباط منطقى لمجموعة من الأحكام المبدئية[2] . يشكله القضاء الأدنى وحده ، فإن مهمة قضاء النقض هى مراقبة صحة هذا الحكم بعد أن تكون فعلا « أى صحة هذا التشكيل » ، ليقرر « مدى مطابقته للقانون » . وهى مراقبة ذات شقين : مراقبة الحكم من حيث مضمونه أى من حيث علاقته بقانون العقوبات . ومراقبة الحكم من حيث الشروط التى انبنى عليها ــ أو فى ظلها ــ أى فى علاقته بقانون الاجراءات الجنائية ــ فتتحقق الوحدة القضائية لهذين القانونين فى النهاية .

ويتخذ الخطأ الذى يمكن وقوعه من قاضى الموضوع فى المقدمة الكبرى صورا متعددة . فيكون أما جهلا وأما انكاراً ــ لذات أو مضمون أو نفاذ ــ قاعدة تجريمية . هذا الخطأ يتعلق ــ بوجه عام ــ بعلاقة قاض الموضوع بقانون العقوبات . لكنه قد يخطأ كذلك فى القواعد المفروض عليه اتباعها لدى تشغيله

---

(١) فى هذا المعنى : WINKEL, op. cit, op. 144

وانظر بتفصيل : RIGAUX, op. cit, p. 81. et s.

(٢) انظر : CORRPHE, op. cit, p. 24

WINKEL, op. cit. p. 143

MARTY, op. cit, p. 12 et 13

لقواعد قانون العقوبات ونقصد علاقته بقانون الاجراءات الجنائية ، وعلى هذا الاساس فإن أحدا لم ينازع فى أن المقدمة الكبرى تعتبر منطقة قانونية محضة[1] .
كانت رقابتها ــ فيما نعتقد ــ هى الباعث الحقيقى والوحيد لانفصال الحكم القانونى عن الحكم الواقعى ووراء إنشاء محكمة النقض .

أما المقدمة الصغرى فإن خطأ قاض الموضوع يتخذ أما صورة الاثبات السيىء للوقائع . وأما التحديد الخاطىء لصفاتها القانونية أو ما يسمى بالتكييف[2] . وقد نوهنا بأن التكييف يرتكز الخطأ الواقع فيه على عملية « اختيار » المقدمة الكبرى ، أى القاعدة التجريمية القابلة للتطبيق . فالواقع أن القاضى يتعامل مع الأدعاء الجنائى المحمول أمامه وفقا لقوالب اجرامية معينة منحوتة سلفاً فى ذهنه وتتعدد بتعدد القواعد التجريمية النافذة والمرشحة للتطبيق على الواقعة . فالمرء ــ حتى فى حياته العادية ــ لا يمكنه تقدير أمر ما ــ عند انتفاء الاستبداد ــ الا وفقا لمطابقة هذا الأمر ــ أو انتفاء هذا التطابق ــ بدرجة أو بأخرى لفكرة معينة علق عليها سلفا قيمة فى ذهنه . وإذا كان القاضى الجنائى يستقبل الأدعاء الجنائى تحت تكييف مبدئى تخلعه عليه جهة التحقيق . فإن هذا التكييف ليس ملزما له ، بل أن عليه أن يتحرى الوصف القانونى السليم للوقائع . ومن ثم فهو يواصل تشخيصه لوقائع الدعوى آخذا فى اعتباره ــ إلى جانب التكييف المبدئى ــ القوالب الشبيهة والتى تترشح للتطبيق على الأدعاء .
فان هو أخطأ فإن خطأه يستحيل أن يكون إلا فى « أختيار خاطىء » للمقدمة الكبرى ، سواء تمثل ذلك فى مجرد اعتماد اختيار جهة التحقيق وهو خاطىء أم كان التفاتا عن هذا الاختيار مع صحته ، أم التفاتا عنه لخطئه ليختار آخر من نفس الطبيعة .

---

(١) على وجه الخصوص :

RIGAUX, op. cit. p. 78 et 79
WINKEL, op. cit, 143
MARTY, op. cit, p. 19 48 83 et s

(٢) انظر :

RIGAUX, op. cit, p. 37 et s
MARTY, op. cit, p. 12 et 13

على أن خطأ قاضى الموضوع قد يقع فى الخلاصة . ويتخذ هذا الخطأ — إذا سلمنا بصحة المقدمتين — صورة وحيدة هى عيب التسلسل . والذى ينتهى بنتيجة لا ترشحها المقدمات .

(٦٥) وعلى أساس هذا التصوير يمكن ابراز مقدمتين كانتا أساسا لا نطلاقة الفقه الغالى . أما أولاهما فتتمثل فى الرفض الصريح أو المقنع لصلاحية الطريقة المنطقية فى التفرقة بين القانون والواقع فى مجال تحديد الحكم القانونى والحكم الواقعى ، وأما ثنتاهما ، فتتمثل فى التنازل الذاتى عن الأغراض الثانوية والتى سلم البعض بأحقيتها فى مزاحمة هدف الوحدة فى تحديد دور محكمة النقض[1] . على نحو عرضناه فيما سبق ، بحيث لا يبقى عند تحديد الحكم القانونى سوى غرض وحيد لمحكمة النقض هو وحدة القانون[2] .

وقوام هذا الفقه أن نشاط قاضى الموضوع يتكون من عدد من التقديرات ، بعض هذه التقديرات يكون نهائيا أى داخلا فى نطاق الحكم الواقعى ، بينما يدخل البعض الاخر فى نطاق الحكم القانونى ويخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض . والعبرة لديهم فى التفرقة بين هذه التقديرات وتلك هى « بمعيار اللزوم من وجهة نظر رقابة محكمة النقض » . بمعنى آخر يتضمن الحكم القانونى كل تقدير لقاضى الموضوع يلزم حتما على محكمة النقض مراقبته تحقيقا للغاية منها وهى

(١) انظر :

PETER NEU, op. cit, p. 388

ويبرر هذا الموقف باستحالة الاعتداد بالاغراض الثانوية — وهى لديه تحقيق مصلحة الخصوم فى الحصول على حكم مطابق للقانون — سواء فى فرنسا أم فى المانيا ، والا انتهى الامر الى قبول النقض المؤسس على خطأ أيا كان فتنعدم بالتالى كل تفرقة بين الاستئناف والنقض . وفى هذا ما يكفى لفساد القول بالاغراض الثانوية .

(٢) قارن :

WINKEL, cit, p. op. 147

ويرى امكانية الاعتداد بفكرة العدالة الى جوار الوحدة — لكنه اعطى القول مرسلا معطيا ثقته فى أن محكمة النقض قادرة على تحقيق التوازن بين الفرضين .

وحدة القانون . وتكون هذه الرقابة لازمة حتما بالنسبة لكل تقدير لقاضى الموضوع قابل لأن يحوز أهمية تتجاز نطاق الادعاء المعروض والذى كان مناسبة لوجوده . وهذا ما يكون — بوجه عام — فى كل مرة يكون هذا التقدير قابلا لأن يؤدى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الى تجسيد للقاعدة القانونية قابل لأن يستمر — فى جوهره — استمرار القاعدة القانونية ذاتها ، سواء بذاته أم بتأثير التتابع الذى يلحقه من الأحكام الشبيهة .

يتشكل الحكم القانونى إذن من كل تقدير لقاضى الموضوع تقبل عناصره أن تتأبد بسبب ارتباطها الضيق وعموميتها فى التطبيق العملى . أما تقديرات قاضى الموضوع التى تلتصق بالادعاء المعروض وتكون بالتالى قابلة للسقوط والنسيان معه ، فلأنها لا تتعلق بالوظيفة التوحيدية لمحكمة النقض ، ولأن الأخيرة ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، فإنها تشكل الحكم الواقعى ولا رقابة لمحكمة النقض عليها .

ومعترف لديهم بأن معيارهم — لمرونته البالغة — ليس معيارا بالمعنى الدقيق وإنما هو « مبدأ توجيهى » تفرز على هدى منه تقديرات قاضى الموضوع بطريقة فردية وفى كل حالة على حدتها . ومحكمة النقض ذاتها — لدى هذا الاتجاه — هى الفيصل الأول والأخير فى تطبيق هذا المبدأ التوجيهى تمد أو تحد من نطاق هذا الحكم أو ذاك كلما عن لها أن تغير قضاءها ، وفقا لسياستها القضائية . وهذا ما سارت عليه محكمة النقض فى فرنسا — ونظيرتها فى ألمانيا — وإن لم تصرح ، على حد قول بعضهم(١)

(١) انظر رسالة :

PETER NEU, op. cit,

وعلى الاخص :

p. 281 à 285

ورسالة :

MARTY, op. cit, p

=

وجدير بالذكر أن ثمة اتجاه فى ألمانيا ، لم يزل يؤمن بصلاحية الطريقة المنطقية ولا يوافق على دعوى اليأس أو العجز فى تحقيق التفرقة بين الحكم القانونى والواقعى على أساسها ولكنه يستعين بوسيلة « الانقاص الغائى » ليخرج من نطاق الحكم القانونى — المتحدد على نهج الطريقة المنطقية — كل مسائل القانونى التى لا يكون لفحصها من قضاء النقض فائدة لوحدة القانون[1] .

وعلى أساس هذه النظرية يمكن أن نتعرض بالتحليل لنشاط قاضى الموضوع .

فإذا بدأنا بالمقدمة الصغرى للاستنباط المنطقى لوجدناها منقسمة الى شقين متميزين : الأول هو إثبات وقائع الادعاء والثانى هو تكييف هذه الوقائع .

= وعلى الأخص : p. 363 et s & p. 215 et s.

ورسالة : WINKEL, op. cit,

وعلى الأخص : p.147 et s.

وقارب رسالة : HASCHEID, op. cit, p. 89

وجدير بالذكر أن WINKEL يعتبر التفرقة بين الحكمين (الواقعى والقانونى) une question de puissance dans la vie de droit (p. 147)

BARDOT, op. cit. p. 132

(١) محاولة : HENKEL

مذكورة فى : HASCHEID, op. cit, p. 91 et s

وعلى هذا الاساس تخرج الاحكام التى تشكلت فى ظروف خاصة ذات طبيعة محلية ، وكذلك الاحكام المبنية على احساس القاضى الشخصى والاحكام التى يصدرها القاضى تحقيقا لاعتبارات العدالة .

فأما الشق الأول ، وهو إثبات الوقائع ، فانه يعنى مواجهة الوقائع من ناحيتين : إثباتها فى ماديتها المجسمة وهو إثبات يمثل إثبات الركن المادى للجريمة وإثباتها فى معنوياتها أى فى قصد فاعلها وهو إثبات الركن المعنوى للجريمة .

وإبتداء نؤكد مع الفقه أن نشاط قاضى الموضوع فى هذا الصدد ليس تطبيقا آليا للقانون على وقائع واضحة ومؤكدة الوجود بل أن هذا النشاط ينطوى على العكس على قدر كبير من التقدير[١] . فهو فى حقيقته حكم[٢] يؤكد بمقتضاه قاضى الموضوع وجود الوقائع بوجهيها المادى والمعنوى[٣] . هذا التأكيد يتحلل فى الواقع الى « طريقة » و « مضمون » فأما الطريقة فتتعلق بالمنهج الذى اتبعه للوصول الى الحكم « بالوجود » أو « عدم الوجود » وأما المضمون فهو القرار الذى استقر عليه اقتناعه والذى لا يكون إلا تأكيد : أما« الوجود» وأما « لعدم الوجود » .

فمن حيث « الطريقة » ليس القاضى الجنائى حرا على الدوام فى اختيار منهج البحث القضائى عن الحقيقة ، إذ يلتزم فى تحرية عنها بعدد من « القيود القضائية » وعليه واجب احترامها فليس له أن يستقبل معرفته للوقائع الا بمقتضى

---

(١) انظر

RIGAUX, op. cit, p. 35 et 36
PETER NEU, op. cit, p. 270 et s

(٢) فى هذا المعنى :

RIGAUX, op. cit. p. 82

ويرى — بحق — أن التعبير الفرنسى la constatationdu fait ينطوى على خطأ فى الوظيفة المنتسبة لقاضى الموضوع ، فالواقع أننا بصدد «حكمdécision·» لا اثبات هذا الحكم يعبر عنه غالبا فى نفس معانى التكييف القانونى ويحمل — غالبا — بطريقة شبه تلقائية الحل القانونى .

(٣) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 82 et 83

الطرق الاستنباطية المصرح له باستخدامها فى القانون[1] وعلى الأخص ما يفرضه مبدأ شفهية المرافعات ومباشرة الأجراءات فى حضور الخصوم ونظرية الاثبات الجنائى من قيود . والمبدأ فيما يتعلق « بالطريقة » التى يختارها القاضى الجنائى فى البحث عن الحقيقة أنها من مسائل الحكم الواقعى والتى يعتبر الخطأ فيها خطأ فى الواقع لا فى القانون ما لم تتخالف هذه الطريقة مع قاعدة قانونية أى مع قيد قضائى مفروض على القاضى[2] .

ومن حيث المضمون الذى انتهى اليه القاضى — بفرض سلامة المنهج — بوجود الواقعة فى وجهيها المادى والمعنوى أو بعدم وجودها ، فيدخل ولا شك فى نطاق الحكم الواقعى لا القانونى ، لأن الخطأ الواقع هنا إنما وقع فى دائرة « اقتناع القاضى » وهى دائرة يستأثر فيها قاضى الموضوع بسلطان نهائى ، ويلتحم — أى الخطأ — بالادعاء المعروض ويختفى مع اختفائه .

هذا هو الشق الأول من المقدمة الصغرى ، وهو ما يشكل « الحكم الواقعى » وقد رأينا أن هذا الحكم يمكن أن يصاب « بالخطأ فى القانون » إذا كان قاضى الموضوع قد خالف المنهج الذى رسمه القانون للقضاء فى الحكم الواقعى وأن هذا الخطأ يؤثر فى طريقة « تكوين الحكم » ويتجاوز أهميته الادعاء الحادث فيه الى الادعاءات الشبيهة .

ويبقى الشق الثانى من المقدمة الصغرى وهو تكييف الحكم الواقعى . أى إعطاؤه « اسما قانونيا » . ويتميز هذا الاسم فى القانون الجنائى باشتماله على

(١) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 35, 36 et 83
BARDOT, op. cit, p. 139, 141 et 144

(٢) قارب :

PETER NEU, op. cit, p. 270 et s.
RIGAUX, op. cit. p. 83

نتيجة قانونية هى تطبيق العقوبة[1]

وتكييف الحكم الواقعى يعنى بيان العلاقة القانونية بينه وبين قواعد القانون الجنائى[2] . فاذا كانت الواقعة تشكل تملكا لمال الغير بغير سند فإن تكييفها يعنى إظهار العلاقة التى تجمع هذه الواقعة بقواعد القانون : أهى « سرقة » ، أم « نصب » أم « خيانة أمانة » أم « غش مدنى » .... الخ . ولا ينكر أحد أن مسألة التكييف فى القانون الجنائى تحتل مكانة عظمى ، لأن سلوكا ما — بفضل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات — لا عقاب عليه مالم يشكل جريمة منصوصا عليها فى القانون ، وبفضل هذا المبدأ ذاته فان التكييفات المختلفة للجرائم فى القانون الجنائى محددة على سبيل الحصر . ومعلوم أن القياس فيما يتعلق بقواعد التجريم محظور[3]

ومن هنا فان القوالب الاجرامية لمختلف الجرائم محددة سلفا على نحو تصبح فيه عملية التكييف فى القانون الجنائى هى عملية « اختيار » للقالب الذى يدخل فيه هذا الحكم الواقعى . فيصعد القاضى به — الحكم الواقعى — ليختار من بين القوالب الاجرامية القالب الذى « يتطابق » هذا الحكم مع مفهومه المجرد . هذا « الاختيار » يقوم به قاضى الموضوع مستنداعلى دعامتين : مضمون الحكم الواقعى كدعامة أولى ، والمفهوم المجرد للقالب الذى اختاره كدعامة ثانية . ويعتمد قاضى الموضوع فى ذلك على « تكوينه الشخصى » على المستوى العلمى

(١) انظر :

CHAUVERON, op. cit. p. 13
GARRAUD, Traité, t. V. op. cit. p. 330 et 335

(٢) انظر مناقشة للتعريفات المختلفة RIGAUX, op. cit p. 84 et s

(٣) انظر :

GORPHE, op. cit, p. 133 et 134

ومستوى المعلومات الفنية وخبرة الحياة وهى مؤثرات تعلب دورها تحت السطح الظاهر ولا يمكن ضبطها الا بالتحليل النفسى[1] .

والواقع أن أحدا فى الفقه القديم أو الحديث لم يدع أن تكييف الحكم الواقعى بشكل « واقعا محضاً » ، وإن كان عدد قد حاول أن يستخرج عددا من هذه التكييفات من نطاق الحكم القانونى[2] . ولا شك أن الفقه قد استقر على ادخال مسألة التكييف فى نطاق الحكم القانونى على أساس أن التكييف يتضمن بالضرورة مسألة قانون[3، 4] . ولأن الخطأ فيه هو خطأ فى اختيار المقدمه الكبرى وهى قانون محض .

(١) انظر وقارب :

GORPHE, op. cit. p. 134
RIGAUX, op. cit., p. 70

(٢) انظر ما سبق بند (٦١) — وانظر :

CHAUVERON, op. cit. p. 16
BARDOT, op. cit, p. 141 et 145
CHAUVERON, op. cit., p. 13 et s.

(٣) و (٤)

وضرب مثلا بجريمة الفعل الفاضح ، حيث تكون المقدمة الكبرى فى الاستخلاص المنطقى كالاتى : عندما تجتمع الوقائع أ ب جـ د على عاتق متهم يعتبر مرتكبا فعلا فاضحا علنيا ، أما المقدمة الصغرى ، فهى الوقائع أ ب جـ د اجتمعت على عاتق المتهم × الخلاصة (التكييف) : × مذنب فى جريمة فعل فاضح علنى ، وهنا لم نستطع أن نصل الى النتيجة الا بعبور المقدمة الكبرى أى مضمون القاعدة القانونية القابلة للانطباق . وكقاعدة عامة ، فكل مسألة تكييف تتضمن بالضرورة اذن مسألة قانون . انظر :

WINKEL, op. cit. p. 148 et s.
MARTY, op. cit, p. 204 et s.
RIGAUX, op. cit. p. 84 et 88
GORPHE, op. cit, p. 133
HABSCHEID, op. cit. p. 89 et s.
JULES LE CLECH op. cit, Foc 1. p. 29
MAURY, op. cit. p. 585 et 586

وفضلا عن ذلك ، فالتكييف الذى يعطيه قاضى الموضوع للحكم الواقعى قابل للارتباط الشديد بالقاعدة التى استقى منها مفهومه ، لأن يندمج فى القاعدة نفسها على نحو يقبل التحقق أو التجدد فى الممارسة العملية للقضاء ، وهذا ما يسمى « بتكون القضاء » . وهنا لا بد أن تتدخل محكمة النقض لمراقبة تكون هذا القضاء ليس فقط من حيث طريقته وإنما فوق ذلك من حيث مضمونه[1]

والتسليم بدخول تكييف الحكم الواقعى فى نطاق الحكم القانونى يشمل سائر مسائل التكييف سواء تعلقت بأفكار محددة غاية الأمر أن هذه الأخيرة لمرونتها وعدم تحديدها تكون رقابة محكمة النقض لها — كما يرى البعض[2] — اكثر صعوبة وأقل فعالية . لكن هذا لا يمنع من إمتداد الرقابة إليها . غاية الأمر أن محكمة النقض — ذاتها — تحدد وفقا « للسياسة القضائية للتكييف » المسائل التى تتنازل عن رقابتها لقاضى الموضوع وفقا لما تراه من أهمية « هذا التكييف »

HELIE, Traité, op cit, et 2267
PETER, Neu, op. cit. p. 275 et 276
LEVASSEUR, op. cit, p. 560
GARRUD, Traité op. cit., p. 333 et s.
BOUZAT, Traité, op. cit. p. 1435
VITU, Traité , op. cit, 1196

ومع ذلك فثمة من حاول أن ينزع عن التكييف الدعامة الواقعية فيه ، فلا يرى فيه مركزا من مراكز الحياة ، لأنه لا يستند على الوقائع بحالها الخام ، وانما يقوم عليها بعد تخليصها من العناصر المخصصة (كالزمان والمكان والاشخاص) .

انظر : Rigaux, op. cit., p. 84

فتبقى الوقائع « مجردة » . متطابقة مع المفهوم المجرد المستمد من القاعدة وتتجدد بلا زيادة ولا نقص فى كل ادعاء شبيه فالسرقة كالاختلاس لمال منقول مملوك للغير يعتمد التكييف فيها لا على وقائع الادعاء بحالتها الخام (الزمان — المكان — الاشخاص — نوع المسروق — كيفية وقوع السرقة) وانما يعتمد على المعنى المجرد فيها والذى هو واحد فى كل جرائم السرقة « اختلاس مال منقول مملوك للغير »

(١) انظر : PETER NEU, op. cit, p. 70 et s.

(٢) انظر : MARTY, op. cit, p. 213 et s.

هذا عن تكييف الحكم الواقعى .

(٦٥) والواقع أن هذا الاتجاه الغائى لم يتقدم خطوة واحدة عن الاتجاه المنطقى . فإذا كانت المقدمة الكبرى للاستنباط المنطقى ــ القاعدة التجريمية تدخل بلا جدال ــ لدى الفقه الغائى ــ فى نطاق الحكم القانونى . فإنها كذلك لدى الفقه المنطقى إذ أن مفهوم لديه أن مسائل القانون برمتها تدخل فى الحكم القانونى .

وإذا كان الشق الأول من المقدمة الصغرى للاستنباط وهو إثبات الوقائع يشكل ــ لدى المدرسة الغائية ــ الحكم الواقعى ما لم يخالف قاض الموضوع قيدا قضائيا مفروضا عليه احترامه . فإنه لكذلك لدى المدرسة المنطقية غاية الأمر أن ما يسمى بالقيد لدى الفقه الغائى يعطيه الفقه المنطقى اسمه الذاتى كقاعدة قانونية .

تبقى إذن مسألة التكييف فإذا كان صحيحا أن الفقه المنطقى قد عجز عن وضع معيار حاسم للتفرقة بين التكييفات التى تدخل فى الحكم القانونى ويعتبر الخطأ الواقع فيها بالتالى خطأ فى القانون وبين تلك التى لا تدخل . فإن الاتجاه الغائى قد عجز هو الآخر ، غاية الأمر انه اختار لنفسه نوعا من « العجز المترفع » إن جاز هذا التعبير. فأسلم الأمر كله لمحكمة النقض تمد أو تحد من التكييفات التى تدخل فى نطاق الحكم القانونى وفقا لما سمى «بالسياسة العامة

(١) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 89

والمراجع المشار اليها فيه

HABSCHEID, op. cit. p. 90

للتكييف» فألقى بالمشكلة على المحكمة نفسها ، لتبحث بنفسها عن إختصاصها ، ثم تصور بالوهم أنه قد أنهاها .

وفضلا عن ذلك فإن هذا الفقه وقد اكتفى ببيان التقديرات أو التكييفات التى يدخلها المنطق الغائى فى دائرة الحكم القانونى ، لم يقدم لنا تصوره عن التقديرات والتكييفات التى يمكن أن يستبعدها هذا المنطق ذاته من نطاق الحكم القانونى. ويقينا لو فعل لوجد نفسه فى ذات العجز الذى نعاه على الفقه المنطقى .

إعتراف بصعوبة المشكلة ، وتعبير أقوى عن العجز ، وتسليم بنشاط محكمة النقض كما يجرى . تلك هى خلاصة الفقه الغائى .

كان ذلك هو ما استطعنا استخلاصه من مفهوم فقهى لما أسميناه بالاطار المنطقى للخطأ فى القانون أو الاطار الغائى له . وجدير بالذكر أن التوجه الأساسى فى هذا التحديد — المنطقى أو الغائى — كان إلى « الحكم الصادر ذاته » لنفصل فيه بين الحكم الواقعى أى المسائل التى تدخل فى السلطان النهائى لقاضى الموضوع والحكم القانونى أى المسائل التى تخضع لرقابة محكمة النقض .

والواقع — فيما يبدو لنا — أن فى هذا التوجه قصورا فى التحديد الكامل للحكم القانونى على الأقل كاطار للخطأ فى القانون ، « فالحكم القانونى » — وفقا للتحديد المنطقى أو الغائى — لا يمكن أن يحظى بهذه الصفة القانونية — إلا إذا كان الحكم القضائى « برمته » قد جرى وفقا للحدود التى رسمها المشرع لاكتساء الحكم « بالصفة القانونية » ، ولذلك فإن توجهنا فى بيان « الحكم القانونى » من وجهة نظر الخطأ فى القانون سوف لا يقتصر على الجوانب القانونية فى الحكم الصادر فى ذاته ، وإنما سوف يتسع ليشمل سائر الحدود القانونية التى تتوقف على توافرها « قانونية » الحكم القضائى ذاته .

وإبتداء ، يمكن أن ندلى بتعريفنا للحكم القانونى من وجهة نظر أخطاء القانون بأنه : كل تقدير قانونى جرى وفق الحدود التى رسمها القانون لقاضى الموضوع المختص فى إعداده وإخراجه للحكم القضائى ، ويتحلل هذا التعريف الى شقين أساسيين :

الأول : ويشمل كل تقدير قانونى لقاضى الموضوع فى فصله فى الادعاء الجنائى المحمول اليه ، والتقدير القانونى هو كل تقدير تحكمه قاعدة فى القانون .

الثانى : ويشمل الحدود القانونية التى رسمها القانون لقاضى الموضوع فى إعداده وإخراجه للحكم القضائى ، ليكتسب الحكم الصفة القانونية .

والخطأ الذى يقع فى الحكم القانونى وفق هذا التحديد يتخذ صوراً ثلاثة تتعلق :

ــ أما بالسلطة التى أصدرت الحكم .
ــ وإما بذات التقدير القانون المبذول فى الحكم .
ــ وإما بعملية إخراج الحكم القضائى .

وفى كل صورة من تلك الصور تفصيلات متعددة :

(٦٧) أولا : اخطاء تتعلق بالسلطة التى أصدرت الحكم القضائى :

يتوقف اكتساب الحكم القضائى للصفة القانونية على سلامة الأوضاع المتعلقة بالسلطة التى أصدرته . ويترتب على مخالفة هذه الأوضاع الأعدام أو البطلان الكلى أو الجزئى لقانونية الحكم ، وإفتقار الحكم القضائى برمته الى الصفة القانونية يمنع بالبداهة الجوانب التى كانت فى ذاتها محلا لتقدير قانونى من اكتساب هذه

الصفة مهما كانت السلامة الذاتية لهذا التقدير . فالسلطة القضائية هى وحدها المختصة فى القانون بأمر القضاء ، وتتوزع هذه السلطة على عدد من المحاكم بتنوع إختصاصها بالادعاءات الجنائية وفق ما هو معروف من قواعد الاختصاص ، وعلى المحاكم فى حدود اختصاصها أن تلتزم حدود السلطات الممنوحة أصلا للسلطة القضائية ، وبالاستقراء فثمة أصول ثلاثة تتوقف عليها سلامة الأوضاع المتعلقة بالسلطة التى تصدر الحكم القضائى :

الأول : أن يكون الحكم صادراً من محكمة قضائية مشكلة تشكيلا قانونيا .

الثانى : أن يكون الحكم صادراً من محكمة لها الاختصاص فى إصداره .

الثالث : ألا تتجاوز هذه المحكمة فى قضائها السلطات المخولة للسلطة القضائية

أما عن الأصل الأول : فهو ان يكون الحكم صادرا من محكمة قضائية مشكلة تشكيلا قانونيا ، والقانون هو الذى يضع قواعد صحة هذا التشكيل وكل مخالفة لتلك القواعد تشكل باعتبارها مخالفة لقاعدة شكلية جوهرية « خطأ قانونيا » يفتح باب الطعن بالنقض .

فعدم تمثيل النيابة العامة بالجلسات ، وكذلك عدم تمثيل قلم الكتاب يعتبر مخالفة لقاعدة قانونية من قواعد صحة تشكيل المحكمة[1] . أما بالنسبة للعنصر القضائى فشرط البدء أن يكون قاضياً . فإذا كان قرار تعيينه قاضياً لم يصدر ، أو صدر ولم يحلف بعد اليمين[2] ، أو كان قد أوقف عن عمله أو عزل منه أو

---

(١) انظر : م ٢٦٩ ق.أ.ج.أ بشأن تمثيل النيابة ، وما يستفاد من المادة ٢٢٦ ق.أ.ج بشأن تمثيل قلم الكتاب وانظر فى فرنسا

Helle, Traité op. cit, T. 8. No. 3977

وينضم الى ذلك فى فرنسا التشكيل الخاطىء لهيئة المحلفين

Lirmin, op. cit, p. 185 à 187

(٢) انظر : نقض ١٩٤٤/١٢/٢٥ ، مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ق ٤٤٢ ص ٥٧٦ نقض ١٩٥٢/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض ص ٣ ق ١٧٨ ص ٤٩٧

أخطر بقبول إستقالته[1] فإن صفة القاضى تكون منعدمة من الأصل ، أو زالت عنه فتنعدم قانونية الحكم[2] أو تبطل[3] على خلاف فى الفقه ، كما يكون التشكيل باطلا ، إذا كان أحد القضاة قريباً أو صهراً حتى الدرجة الرابعة مع إحتساب الغاية لقاض اخر فى نفس الدائرة أو لممثل النيابة[4] .

وتتعلق هده القواعد كما هو واضح بصحة تشكيل المحكمة بوجه عام ، وبصرف النظر عن الادعاء المعروض عليها . لكن هناك ، من ناحية أخرى ، عددا من القواعد التى تتعلق كذلك بصحة تشكيل المحكمة لكن أسبابها تتوافر بمناسبة الادعاء المعروض ذاته . فقد يكون هذا الادعاء جناية أو جنحة أو مخالفة — ومع افتراض صحة تطبيق قواعد الاختصاص — فإن العنصر القضائى ينبغى أن يكون من حيث عدده هو هو المشار اليه فى التشريع ، فإن نقض هذا العدد أو زاد كان ذلك تخالفاً مع القواعد التى قررته[5]، كما قررت المادة ٣٤٧ ق.أ.ج بأنه « يمتنع على القاضى أن يشترك فى نظر الدعوى إذا كانت الجريمة قد وقعت عليه شخصياً ، او إذا كان قد قام فى الدعوى بعمل مأمور الضبط القضائى ، أو بوظيفة النيابة العامة [6] ، أو المدافع عن أحد الخصوم أو أدى فيها شهادة

---

(١) انظر نقض ١٩٥٠/٥/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١ ق ٢٢٨ ص ٧٠٢

(٢) انظر : فتحى سرور ص ٣٩٧

(٣) انظر : محمود مصطفى ص ٣٧٨ — المرصفاوى — ص ٦٤٩ — رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ص ٢٠٢ وما بعدها .

(٤) انظر م ٧٧ من قانون السلطة القضائية - ونقض ١٩٦٧/٥/١٥ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ١٢٨ ص ٦٥٥ . وانظر نقض ١٩٤٧/١/٢١ المحاماة س ٢٨ ق ٧ ص ١١ ونقض ١٩٥٦/٦/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٣٥٠ ص ٩١٠

(٥) اشارت المادة ٢/٥٩٣ ق.أ.ج فرنسى الى هذا العيب صراحة كسبب للنقض ، وأشار اليه القانون المصرى ضمنا باعتباره من شروط صحة تشكيل المحكمة كسبب للبطلان — م ٣٣٢ — ومن ثم كسبب للنقض . انظر نقض ١٩٧٠/٣/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س ٢٢ ق ١٠٦ ص ٤٣١

(٦) انظر : نقض ١٩٤٨/١٢/٢٠ محاماة س ٢٩ ق ٣٧١ ص ٧٢٧ ، نقض ١٩٣٣/١/١٦ المحاماة س ١٣ رقم ٥٣٢ ص ١٠٦٨ ، نقض ١٩٤١/١١/٢١ مجموعة عمر جـ ٧ ق ٦٤٦ ص ٧٠٤ — نقض ١٩٧٢/٣/٦ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٧٦ ص ٣٣٤

أو باشر عملا من أعمال أهل الخبرة . ويمتنع عليه كذلك أن يشترك فى الحكم اذا كان قد قام فى الدعوى بعمل من أعمال التحقيق أو الأحالة[1] أو أن يشترك فى الحكم فى الطعن إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً منه[2] ، وكذلك ما قررته المادة ٢٤٨ وأحالت عليه فى حالات رد القضاة ، كما لا يجوز أن يكون القاضى قريبا أو صهراً حتى الدرجة الرابعة مع احتساب الغاية لأحد الخصوم أو المدافع عنهم[3] هذا عن الأصل الأول .

أما عن الأصل الثانى ، وهو أن يكون الحكم صادرا من محكمة لها الاختصاص فى إصداره ، فتتحكم فيه قاعدتان :

الأولى : إحترام قواعد الاختصاص النوعى والشخصى والمكانى[4] . وسوف نعود لهذه النقطة فيما بعد .

والثانية : أن يكون الحكم صادرا من عدد القضاة الذين باشروا جميع إجراءات الدعوى وسمعوا المرافعة فيها[5] .

---

(١) انظر نقض ١٩٦١/٦/١٢ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ١٢٧ س ٦٥٥ ــ ١٩٤٩/١/١٧ المحاماة س ٣٠ ق ٢٥ س ٢٢ ــ نقض ١٩٦٩/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ق ٣٢ س ٣٣١

(٢) انظر نقض ١٩٤٧/١٢/٢٩ المحاماة س ٢٨ ق ٣٨٦ ص ١٩٥٨

(٣) أنظر م ٧٧ ق السلطة القضائية .

(٤) يؤكد فتحى سرور ص ٨٢ أنه يشترط لانعقاد الخصومة الجنائية أن يكون للقاضى ولاية القضاء الجنائى بالذات ولا شك فى غرابة هذا الشرط . لأنه لايعدو أن يكون محصلة لاحترام شروط الاختصاص . فلا يمكن أن تؤدى قواعد الاختصاص اذا اجتمعت الى دخول الدعوى لغير من له ولاية القضائى الجنائى بالذات ، ولو حدث فلا شك أن مخالفة لقواعد الاختصاص قد حدثت .

(٥) انظر : نقض ٥٣/١٢/١ مجموعة أحكام النقض س ٥ ق ٤٣ س ١٣٢ ــ نقض ١٩٥٥/٣/٢٨ مجموعة الاحكام س ٦ ق ٣٢٠ س ٧٠٩ ــ نقض ١٩٤٣/٦/٢٨ مجموعة القواعد ص ٦ رقم ٢٣٣ ص ٣١٢

أما الأصل الأخير : وهو ألا تتجاوز المحكمة فى قضائها السلطات المخولة للسلطة القضائية ، فان هذا الأصل يمنع المحكمة من مباشرة أى اجراء ليس من سلطة المحاكم أصلا مباشرته . كنقد القوانين أو التعرض لعمل من أعمال السيادة أو تأويل الأمر الادارى أو وقف تنفيذه[1] أو نقد تصرفات النيابة العامة[2] ويتجاوز أيضا السلطات المخولة للقضاء الحكم الذى يعلن فى إدانته للمتهم أن هذه الادانة تثبت براءة اخر صدر من قبل حكم بادانته[3] . وكذلك الحكم الذى ينطق بالعقوبة ضد شخص لم يقدم للمحاكمة كمتهم[4] وكذلك الأحكام التقعيدية arrets de reglements ذات الطبيعة العامة واللائحية caracter général et reglementair أى التى لا تتقيد بحدود الادعاء المحول أمام المحكمة[5]

كانت تلك هى الصور الأساسية لأخطاء القانون التى تتعلق بالسلطة المصدرة للحكم القضائى فتمنع من اكتساب هذا الحكم للصفة القانونية ، وتشكل سببا للنقض للخطأ فى القانون . هذا الخطأ يتخذ صورة المخالفة لقاعدة شكلية ،

---

(١) انظر :

LIRMIN, op. cit., d. 40 et s.
BOUZAT, Traité op. cit. p. 1331
VITU, Traité, op. cit., p. 1195 et s.

— فتحى سرور س ٨٣ — وانظر نقض ١٩٦٧/٢/٢٧ مجموعة الأحكام س ١٨ ق ٦٨ س ٣٣٤

(٢) انظر :

Cass. Crim 3 janv. 1881, D, 1881, 1. 89, - et 3 mars 1894, 1, 284

(٣) انظر :

Cass, Crim 10 mai 1850. S, 1850, 1, 403

(٤) انظر :

Cass. Crim. 28 oct. 1892, B, 263

(٥) وهذا مايخالف المادة ١٢٧ من قانون العقوبات الفرنسى .
انظر :

Cass, Crim. 3 nov. 1955, B No. 440,. - Cass Crim 2 juiliet 1958 B, 509

اشترطها القانون لما قدره فيها من تحقيق لغاية متوخاة . وبينما مخالفتها وحده يكفى لتحقق مخالفة للقانون ، فإن بذلها وحده يكفى لصحة الاجراء ولو لم تتحقق منه — موضوعيا — الغاية المتوخاة . وملحوظ أن احترام هذه القواعد من جانب قاضى الموضوع ، لا يحتاج — عدا مسألة الاختصاص الى أى قدر من التقدير .

(٦٨) ثانيا : اخطاء تتعلق بذات التقدير القانونى المبذول فى الحكم

والحكم القضائى هو محصلة مجموعة متكاملة من التقديرات ، منها القانونية ومنها غير القانونية ، كما وأن هذه التقديرات تجرى وفقا لحدود قانونية رسمها القانون لصحة التقدير وعلق على احترامها اكتساب الحكم للصفة القانونية ، وهنا تبرز من جديد المناقشات المنطقية والغائية فى تحديد إطار الحكم القانونى والتى عرضنا لها فيما سبق .

وتكوين الحكم القضائى يقتضى من قاضى الموضوع عبور مراحل ثلاث :

١ — مرحلة للوقائع
٢ – مرحلة التكييف القانونى للوقائع
٣ – مرحلة تطبيق القانون على تلك الوقائع .

(٦٩) ١ – المرحلة الأولى : الوقائع :

ولا شك فى أن التحديد المنضبط للوقائع هو أول — وأخطر — العمليات التى يقوم بها قاضى الموضوع ، فالوضع الصحيح للوقائع ، انما هو فى الاعم الاغلب ، مفتاح الحل الصحيح . لكنه فى نطاق القانون الجنائى ، وبفضل مبدأ الشرعية ، تستبق جهة التحقيق القاضى الجنائى « بوضع مبدئى للوقائع » ، إذ أنها تلتزم بتحديد الوصف القانونى لها ، بحيث يستقبلها القاضى تحت اسم

وتكييف مستكمل لسائر العناصر الضرورية له ، كما تلتزم جهة التحقيق بوصل المتهم بالاتهام المنسوب اليه — فى الواقع والقانون — والذى قاده إلى قضاء الحكم ، عن طريق المنظمات القانونية الموجودة ، كالتكليف بالحضور وأمر الاحالة[1]

ويلتزم القاضى عند حمل الأدعاء اليه ، بالقيام بأول عملية « تقدير قانونى » للتحقق من « الوضع المبدئى للوقائع » ، فيتثبت عن صحة اتصاله بالواقعة ، وهى مسألة الاختصاص . ثم من استيفاء شروط قبول هذا الأدعاء . والتقدير الذى يبذله القاضى فى هذا الصدد هو تقدير قانونى تحكمه القواعد المنظمة للأختصاص أو شروط قبول الدعوى : هو حكم بالتطابق — أو عدم التطابق — بين المفهوم المجرد للقاعدة المعنية وبين الواقع المحمول اليه . والخطأ المحتمل حدوثه أما أن ينتج من مفهوم خاطىء للمعنى المجرد للقاعدة القانونية ، وأما من جراء فشل القاضى فى الامساك « بالرابط المشترك » بين المفهوم المجرد والواقع ، فهو دائما خطأ فى « قانونية » التقدير .

فأما عن صحة اتصال الواقعة بالقاضى . أى احترام قواعد الاختصاص ، الشخصى أو النوعى أو المكانى[2] ، فمن المسلم به ، أن التكييف المبدئى لجهة التحقيق لا يلزم القاضى الجنائى ، فعليه أن يتثبت دائما من صحة اختصاصه

(١) انظر فى هذا المعنى :

GORPHE, op. cit, p. 75 et s.

(٢) إجماع فى فرنسا ومصر — بعد شيء من التردد بشأن الاختصاص المكانى — على اعتبار قواعد الاختصاص برمتها من النظام العام ، انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ٧٠ ص ٢٨٧ — نقض ١٩٦٦/١٠/٨ س ١٨ ق ١٨٤ ص ٩٨٨ — نقض ١٩٦٦/٥/٩ س ١٧ ق ١٠٣ ص ٥٧٨

Cass. Crim 6 aout 1904, B, 380
Cass, Crim. 8 mars 1961, B, 145

ومع ذلك، قارن : المشكلات العملية لرؤوف عبيد ص ٢٠٥ وما بعدها .

وتحديد وقائع الأدعاء الجنائى من جانب جهة التحقيق ، لا تتوقف أهميته عند تقدير الأختصاص وشروط قبول الدعوى . بل أنه يمثل النطاق الصارم الذى لا يجوز لقاضى الموضوع تجاوزه ولا أهماله .

فإذا كان صحيحا أن القاضى الجنائى لا يلتزم على نحو ما رأينا ، بالتكييف القانونى الذى تخلعه جهة التحقيق على الواقعة . إذ له ، بل وعليه ، أن يعطى للواقعة تكييفها القانونى الصحيح فإنه ملتزم على العكس « بالواقعة » نفسها بحديها العينى والشخصى[1] . فسلطات القاضى تنحصر فى الفصل فى قيام أو عدم قيام حق الدولة فى العقاب بالنسبة للواقعة التى حملها الأدعاء والأشخاص الذين حملهم . أو كما عبرت المادة ٣٠٧ ق.أ.ج . « لا يجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التى وردت بأمر الاحالة أو طلب التكليف بالحضور[2] ، كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقام عليه الدعوى[3] . وإلا قضت بما لم يطلبه الخصوم .

---

(١) انظر تفصيلات هذه المشكلة : محمود مصطفى ص ٣٩٢ وما بعدها ــ المرصفاوى س ٦٨٠ وما بعدها ــ فتحى سرور ص ٣٩٢ وما بعدها والاحكام العديدة المشار لديهم . وانظر على الاخص : نقض ١٩٦١/٣/٧ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ٦١ ص ٢٣٠ « أن المحكمة مكلفة بأن تمحص الواقعة المطروحة أمامها بجميع كيوفها وأوصافها وأن تطبق عليها نصوص القانون تطبيقا صحيحا ، ولو كان الوصف الصحيح هو الاشد مادامت الواقعة المطروحة بها الدعوى لم تتغير »

(٢) انظر : نقض ١٩٥٠/١١/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ ق ٦٥ ص ١٦٥ ــ نقض ١٩٣٧/٣/٨ المحاماة س ١٧ ق ٥٠٩ ص ٩٩٢ ــ نقض ١٩٢٩/١١/٧ مجموعة عمر جـ ١ ق ٣٢٣ ص ٢٦٩ ــ نقض ١٩٦١/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ١٣٨ ص ٧١٦ ــ نقض ١٩٥٩/١/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ق ١١ ص ٤٠ ــ نقض ١٩٥٩/٣/١ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ق ٦١ ص ٢٧٩ ــ نقض ١٩٢٩/١١/٢٨ مجموعة عمر جـ ١ ق ٣٤٣ س ٣١٦ ــ نقض ١٩٣٢/١١/٢١ محاماة س ١٣ ق ١٣١ ص ٦٧٨ ــ نقض مجموعة ٥ ق ٣٢٧ ص ٣٠٠ ــ نقض ١٩٤٧/١١/١٤ مجموعة عمر جـ ٧ ق ٤٠٣ ص ٨٣ ــ نقض ١٩٦٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ٣٦ ص ١٩٢ ــ نقض ١١ /١٩٧١/٤ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ٨٧ ص ٣٥٦

(٣) انظر نقض ١٩٦٠/٥/١٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ٨٢ ص ٤١٦ ــ ١٩٦٤/١١/٣٠ س ١٥ ق ١٥٠ ص ٧٦٢ ــ رؤوف عبيد ص ٥٢٥

بالواقعة[1] ، فإن أخطأ — بإثبات الأختصاص أو انكاره — خلف وراءة خطأ فى القانون يفتح باب النقض ويجوز إثارته حتى من محكمة النقض من تلقاء نفسها بشرط ألا يؤدى الى تسوىء مركز الطاعن بناء على طعنه الوحيد[2] . وعلى هذا لا يجوز لمحكمة النقض من تلقاء نفسها نقض الحكم لعدم اختصاص محكمة الدرجة الأولى — الجنح — بمقولة أن الواقعة جناية ، إذا كان النقض مرفوعا من المحكوم عليه وحده .

أما بالنسبة لشروط القبول ، فعلى القاضى أن يتحقق من توافرها قبل دخوله فى الموضوع ، فاذا واصل قضاءه رغم تخلف أحد شروط القبول — كبطلان التكليف بالحضور أو بطلان الشكوى أو الأذن أو الطلب — خلف وراءه خطأ قانونيا لتخالفه مع القواعد التى تقرره .

---

(١) انظر :

VITU, Traite , op. cit. p. 1069

HELIE, Traité, op. cit. T. 5. No. 2386. fome 5

GARRAUD, Traité op. cit, p. 237 tome 2

— محمود مصطفى ص ٣٥٤ — المرصفاوى ٦٣٧ وما بعدها

Cass. 26 fev. 1970, B. No. 80

Cass. 20 nov. 1969. B., 308

(٢) ويلاحظ بالنسبة لسبب الاختصاص فى فرنسا ، ان محكمة الجنايات وفق المادة ٢٣١ ق.أ.ج. فرنسى تتمتع بالاختصاص المستوعب ،فعدم اختصاصها لايمكن أن يثار امام محكمة النقض . هذا من جهة ومن أخرى فان عدم اختصاص محكمة الدرجة الاولى — فى مواد الجنح وفق ما يستنتج من المادة ٥٩٩ ق.أ.ج فرنسى — لايمكن إثارته لاول مرة أمام محكمة النقض الا اذا كان استئناف الحكم قد تم من جانب النيابة . وهذا محل اجماع

انظر :

Cass. Crim. 20 mars 1944, Caz. Pal, 1944. 1264.

Cass. Crim. 10 juillet 1926, B., 181

Cass. Crim 11 juin 1925, B, No, 177

— نقض ١٩٧٠/٢/٢٣ مجموعة أحكام س ٢١ ق ٧٠ ص ٢٨٧

وكما تكون الواقعة محلا لتجاوز فقد تكون محلا لاهمال . فإهمال القضاة فى الواقعة المعروضة ــ عمدا أو عفواً ــ ويتخذ صورة الاهمال فى الفصل فى إحدى أوجه الاتهام المحمولة الى القاضى[1] ، أو فيما يتعلق بواحد أو أكثر من المتهمين المقدمين للمحاكمة[2] . أو عدم الرد على طلبات الخصوم[3]

ومن هنا يشكل أهمال القضاء أو القضاء بأكثر مما طلبه الخصوم « خطأ فى القانون » يفتح باب الطعن بالنقض لمخالفته للقواعد التى تقرره .

وإثبات الوقائع يعنى فى القانون الجنائى الحكم بوجود الوقائع المشكلة للركنين المادى والمعنوى للجريمة ونسبتها الى المتهم . وقاضى الموضوع فى هذا الاثبات مدعو لأن يتجنب خطرين : الأول وهو التطرف فى التحليل العميق المزدحم بعناصر عقيمة تشتت انتباهه فيما لا قيمة له من ناحية الحل القانونى . والثانى

(١) انظر :

15 janv. 1969 , j. C.P. 1969. IV. 50
Cass, Crim. 3 déc. 1912 B. 608
20 juin 1925 , B.,193
LIRMIN, op. cit, p. 174 à 182

(٢) انظر :

Cass. Crim. 31. mare 1926, B. 111

(٣) هذا العيب مشار اليه فى التشريع الفرنسى كسبب للنقض ، مادة ٥٩٣/٢ ــ وفى القانون المصرى م ٣١٠ ق.أ.ج « يجب على المحكمة أن تفصل فى الطلبات التى تقدم اليها من الخصوم وتبين الأسباب التى تستند اليها » . وانظر فى شروط الطلب الذى تلزم المحكمة بالرد عليه : محمود مصطفى ٥٠٥ وما بعدها ــ المرصفاوى ٨٢١ وما بعدها فتحى سرور ٧٥٩ وما بعدها والأحكام العديدة المشار اليها .

فى الفقه الفرنسى :

CHARLES - ANTOINE - RENE MARTZ :
De pourovoi en Cassation en matére criminelle, Thése NANCY, 1879, p. 214 et s.
Cass. Crim 22 juin 1928, B. 187

وهو التطرف العكس فى التركيب المبتسر لوقائع الادعاء الجنائى ، فيسعى الى تحقيق التوازن بين مختلف وقائع الادعاء ، عن طريق الانتخاب غير الموفق لبعض ما هو ثابت فى عناصر الادعاء لاثبات ما هو غير ثابت فيحقق لعناصر الإدعاء تركيبها المتوازن دون أن تكون عناصره قد صح وزنها بعد من الناحية القانونية[1] .

وموقف القاضى تجاه الوقائع ينبغى أن يكون وضعياً ومحايداً . وضعياً بحيث لا تثبت عنده إلا الوقائع التى استقامت أمامه بدليل ، بصرف النظر عن سائر الظروف التى قد تعلق بالمتهم أو بالمجنى عليه أو بالظروف التى وقعت فيها الجريمة أو غيرها من الظروف التى قد تؤثر فى شعور القاضى وتقديره الأدبى . فهذه الظروف وإن كان لها فى القانون الجنائى أهمية قصوى إلا أنها لا تثور أو لا ينبغى أن تثور ، إلا بعد الثبوت المادى للوقائع . ثم ينبغى أن يكون تجاه الوقائع محايدا . بحيث يستقبلها متخلصاً من كل نزعات الاتهام أو العاطفة . وفى الحق فان وضعية القاضى وحياده لا تتحقق إلا بتجريده من كل علم أو تأثير مسبق بالواقعة لتتشكل عقيدته عنها فيما يجريه هو نفسه من تحقيق يجرى أمامه وفى حضور الخصوم ، فتصبح هذه العقيدة تعبيرا عن ذاته لا عن غيره . وليس هذا معناه ، أن يطرح القاضى سائر الأدلة أو الأثباتات التى توصلت اليها جهات التحقيق ، والتى غالباً ما تكون حاسمة ، بسبب القرب الزمنى بين وقوع الجريمة واستخلاصها . وإنما معناه ، أن لا يجعل منها — كما ثبتت — أساس عقيدته — لأنها فى الواقع عقيدة غيره ، فحسبه منها أن يستهدى بها فى اختبار اعتقاده ، فيصبح شأنه — كما يرى البعض — كالطبيب والاعراض التى يصفها المريض عند تشخيص المرض . فعدم الدقة أو عدم الاكتمال فى وصف تلك الأعراض شأنه شأن عدم الدقة وعدم الاكتمال فى الادلة التى تستخلصها جهة التحقيق ، كما يشوش انتباه الطبيب فى ملاحظته للظواهر التى تقوده الى الطريق الصحيح لاكتشاف المرض وينحرف به الى ما لا وجود له فى حالة المريض ، يشكل لدى القاضى اعتقادا مبدئيا يشوش بصيرته ويقلل من رهافة حواسه

(١) انظر وقارب :

GORPHE, op. cit, p. 97

فتصبح رؤيته ناقصة ، متسلطة ، من جانب واحد[1]

وعلى دعامة من الاعتراف بهذا التحليل استقامت اجراءات المحاكمة الجنائية على مبدأين عامين . الأول هو شفهية المرافعات والثانى هو مباشرة الاجراءات فى حضور الخصوم[2] فاعتماد القاضى فى إثبات الوقائع على دليل لم يطرح للمناقشة الشفهية بالجلسة وفى حضور الخصوم إنما يشكل مخالفة لقاعدة شكلية تضع قيداً قضائياً لاستخلاص الحقيقة القضائية وتفتح باب النقض .

(٧٠) وثبوت الوقائع يتوقف على « اقتناع القاضى » بوقوعها . وقد سجلت المادة ٣٠٢ ق.أ.ج.م الاعتراف العام بحرية القاضى الجنائى فى تكوين اقتناعه « بحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته ... » ويقوم هذا الاقتناع على استقراء واستنباط واستيحاء الأدلة التى يتوجه

---

(١) انظر: Altavilla
مشار اليه لدى : Gorphe, op. cit., p. 96

(٢) انظر : م ٣٠٠ ق.أ.ج. ، ٣٠٢ ق.أ.ج وانظر فى هذين المبدأين وما عليهما من استثناءات : رؤوف عبيد فى شفهية المرافعة أمام القضاء الجنائى ، مجلة مصر المعاصرة . ابريل ١٩٦٠ من ص ٥ الى ٣٩ — المرصفاوى ص ٦٧٠ وما بعدها ، وضمانات المحاكمة لنفس الأستاذ — فتحى سرور ص ٦٨١ وما بعدها . والأحكام العديدة لمحكمة النقض المشار اليها لديهم .

وجدير بالذكر أن وضعية القاضى وحيادة ينتفيان تماما ، إذا كان القاضى قد رأى الواقعة ، أو حدثت عليه شخصيا ، أو قضى بعلمه الشخصى ، اذ تتسبب العقيدة المبدئية هنا فى استقامة الوقائع دون دليل وضعى .

انظر فى القانون :

م ٣٠٢ — لاتتقيد المحكمة بما هو مدون فى التحقيق الابتدائى أو فى محاضر الاستدلالات الا اذا وجد فى القانون نص على خلاف ذلك .

م ٣٠٢ — يحكم القاضى فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته ، ومع ذلك لايجوز له أن يبنى حكمه على دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة .

بها الخصوم (النيابة العامة – المتهم) لنيل اقتناعه ، أو التى يسعى إليها هو نفسه .

والدليل هو كل إجراء معترف به لاقناع القاضى بحقيقة الواقعة ، وقد اعترف القانون الجنائى لقاضيه ، « بكامل حريته » فى تكوين عقيدته ، فجعل بذلك من سلطته أن يزن قوة الاثبات وأن يأخذ من أى بينة أو قرينة يرتاح إليها دليلا لحكمه ، إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه[1] (م ٤٧٦ ق.ع.أ – م ٢٢٥ ق.أ.ج – م ٣٠١ ق.أ.ج.م) .

وعلى هذا الأساس ، فإن اختيار القاضى للدليل الذى شكل اعتقاده ، وطرحه لما عداه ، وقوة الاثبات التى يمنحها لدليل ما أو لجزء منه ، لا يمكن أن ترد عليه فكرة الخطأ فى القانون لأن القانون نفسه قد أعطى القاضى كامل الحرية فى تكوين اعتقاده[2] . اللهم إلا إذا كان هذا « الاختيار » أو تلك « القوة » تتخالف مع قاعدة قانونية تقيد القاضى بدليل معين[3]

---

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٤٨ ص ٢٣٥ . وانظر ٢ ص ٢٥٨

(٢) انظر : نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٤٨ ٢٣٥ — نقض ١٩٥٤/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض ، س ٥ ق ٢٥٤ س ٧٧٥ — نقض ١٩٤٦/١٠/٢٨ مجموعة عمر جـ ٧ ق ٢١٢ ص ١٩٤ — نقض ١٩٥٩/٤/٢١ مجموعة أحكام النقض ، س ١٤ ق ١٨٢ ص ٩٨٩ — نقض ١٩٥٩/٥/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ق ١١٦ ص ٥٢٨ — نقض ١٩٦٣/١٢/٩ ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٦٣ ص ٨٩٤ — نقض ١٩٦٤/٢٢/١٠ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ق ٢٧ ص ١٣١ — نقض ١٩٥٠/٥/٨ مجموعة أحكام النقض س ١ ق ٢٠٠ ص ٦٩ — نقض ١٩٧٠/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ١٠٦ ص ٤٣١

(٣) انظر : بالنسبة للمادة ٢٢٥ ق.أ.ج . بشأن اتباع طرق الاثبات المقررة فى القانون للمسائل الغير جنائية عند الفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية :

نقض ١٩٢٤/١٢/٤ المحاماة س ٤ ق ٦٦٤ ص ٩٩١ — نقض ١٩٤٥/٦/٤ المحاماة س ٢٧ ق ٣٠٥ ص ٧٢٨
=

أولا : أن الصياغة التشريعية للحالة العامة كانت على ما كان مجلس النواب قد اقتراحه ، بعيدة عن أن تعطى تلك الشبهة « إذا حدثت أو ظهرت واقعة » . لكن مجلس الشيوخ بموافقة الحكومة أضاف لفظ « بعد الادانة » aprée condamnation لتلافى الخطر الذى كان يمكن أن ينجم من غير تلك الاضافة ، وعلى تلك الاضافة صدر القانون . وعلى ذلك فإن الواقعة التى تحدث أو تظهر ينبغى ــ لكى تظل للألفاظ معانيها ــ أن تكون بعد الادانة . وهذا ما لا يتحقق إلا إذا كان الجهر بها شاملا للقاضى والمحكوم عليه بها معا . ويستشهدون فى هذا الصدد بما قاله الاستاذ بوركرى بواسيران POURQUERY DE BOISSERIN فى تقريره بأن « الأوجه الواقعية التى كان بوسع المتهم استخدامها للدفاع عن نفسه ولم يستخدمها عمدا لا يمكن أن تثار منه تدعيما لطلبه باعادة النظر[1]

ثانيا : أن المشرع لدى تنظيمه لاعادة النظر كان « قد قرر فى المادة ٣/٤٤٤ من ق.ت.ج. على أنه ، يكون طلب إعادة النظر غير مقبول إذا لم يسجل لدى وزارة العدل أو يقدم من النيابة العامة بناء على طلب الخصوم فى ميعاد سنة من تاريخ علم « هؤلاء » بالواقعة التى كانت سببا للمراجعة . ولا شك أن المقصود بهؤلاء هم الخصوم : المحكوم عليه ومن يمثلونهم .

ثالثا : وهى حجة نظرية أبرزتها محكمة النقض الفرنسية فى حكم وحيد اشترطت فيه جهل المحكوم عليه بالواقعة[2] ــ ومقتضاها أن لايجوز تعريض حجية الشيء المقضى فيه ــ وهى التى تحمى الأمن الاجتماعى ــ للخطر فى سبيل شخص راح ضحية خطئه الذاتى أو غشه المتعمد . فمثله ليس له إلا أن يلوم نفسه .

---

(١) فى الحجية :

MAYER op. cit. p. 116
SEVESTRE op. cit. p. 196

(٢) Cass. 22 janv. 1898 note Garraud op. cit.
MONGIBEAUX, op. cit., p. 152

من شأنها أن تحمل « كل ذهن » على التسليم بوقوع الحدث[١]

وحين يذعن المرء للتسليم بثبوت الوقائع ، فان اذعانه هذا يشكل « رأيا » إذا استقام حكمه بثبوت الواقعة على أسباب محتملة[٢] ، فيكون هذا الحكم محصلة لأسباب قاصرة من الناحيتين الشخصية أو الموضوعية ، ويدع لذلك مجالا للتحرز لافتقاره الى الاقتناع التام[٣] . واستقامة الحكم بثبوت الوقائع على مجرد « الرأى » محظور فى القانون الجنائى ، لأن الرأى ليس اقتناعا فهو قاصر عن احداثه حتى لدى القاضى نفسه[٤] . وإذا كان الرأى على هذا النحو مرفوضا ، فهل تحقيق اليقين ممكن ؟ الواقع أن اليقين حالة ذهنية تلتصق بالحقيقة دون أن تختلط بأى شك ، فهى من الناحية الشخصية تتعارض مع الشك ، ومن الناحية الموضوعية فوق الجهل أو الغلط . ودرجة اليقين تختلف بحسب المكنات المعطاة . واليقين المادى هو الدرجة القصوى فيه « أنا متيقن من وجود شىء ما لأنى رأيته بنفسى »[٥] . وهذه الدرجة من اليقين – برغم ندرة تعلقها بالقاضى فى صدد نزاع ما – من شأنها أن تمنعه من تولى القضاء فى النزاع احتراما لمبدأ الوضعية .

---

(١) انظر مختلف اراء الفلاسفة فى :

FAUL JANET :

Traité élémentaire de philosophie à l'usage des classes, 1899, p. 350

(٢) فى المعنى :

FABREGUETTE: Le logique judiciaire et l'art de juger, 1914, p.499 et s.

(٣) انظر :

PAUL JANET, op. cit., p. 99

(٤) قارن

Fabreguette, op. cit, p. 99

يرى أن القاضى غالبا ما يضطر الى الاكتفاء بمجرد الرأى ، لكنه غالبا ما يكون مسببا يقترب من الاقتناع الحقيقى .

(٥) انظر :

Paul Janet, op. cit., p., 348

ويضيف هذا الفيلسوف ما يسمى باليقين المسبب ، واليقين المعنوى ، وهو ما أنكره المناطقة لتوافر الشك فيها

وبين الرأى واليقين يمكن أن يتأسس الحكم بثبوت الوقائع على مجرد « الاعتقاد » وهو يستقيم على أسباب شخصية تحمل المرء على التسليم بثبوتها ، لكن هذه الأسباب لو نظر إليها من الناحية الموضوعية لجاز أن تكون غير كافية لهذا التسليم[1] وهى درجة مرفوضة على القاضى للاحتمالية اللانهائية فيها . ولا يبقى بين الاعتقاد واليقين سوى « الاقتناع » وهو التسليم الناتج من قوة التدليل أو التسبيب[2] . هذا الاقتناع لقيامه على التسبيب – وقبوله أمر شخصى – يصاحبه بالضرورة بعض الاحتمالية ويشكل فى أعلى درجاته اليقين القضائى بالمعنى الدقيق[3] .

وعلى هذا الأساس فان « الاقتناع » ، هو اذعان حاد للتسليم بثبوت الوقائع كما تثبتت ثبوتا كافيا . فهو يمثل المنطقة الوسط بين « الاعتقاد » الذى ينبنى على أسباب شخصية « و اليقين » الذى يستوى على أسباب كافية من الناحية الشخصية والموضوعية . أنه ينطلق من الأعتقاد ليتجه الى اليقين . يتفوق على

(١) انظر :

(١) انظر : Paul, Janet, op. cit., p. 384

Fadreguett, op. cit., p. 499

(٣) MITTERMAUR

مشار اليه فى :

Gorphe, op. cit., p. 115, note 3

ويرى أن اليقين أعلى درجات الاقتناع أما الاقتناع فتصحبه بعض الاحتمالية

A, LALAND, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 1926

مشار اليه فى :

نفس الموضع : GORPHE

ولديه أن المواقف الذهنية ثلاثة : يقين وهو إذعان قوى لأسباب موضوعية ، واعتقاد وهو إذعان قوى لاسباب شخصية ، ورأى وهو إذعان ضعيف يدع مجالا للشك ، أما الاقتناع فيوضع بلا شك بين اليقين والاعتقاد :

الاعتقاد فى وضعيته ، أى استقامته على أدلة وضعية ، ويختلف عن اليقين فى استقامته على تسبيب ليس صارما مائة فى المائة ويدع وراءه قدرا من الاحتمالية[1] .

استطردنا لنؤكد أن « اقتناع » القاضى هو فى حقيقته « اعتقاد » يقوم أساسا على أسباب شخصية صحت لديه ، لكنها قد لا تصح لدى غيره — وهذا ما يفسر الأكتفاء بالاغلبية فى اصدار الحكم — لكنه يتفوق على الاعتقاد فى استقامته على أدلة موضوعية تدينه من اليقين ، لكنه ليس يقينا لاستقامته على تسبيب . وقبول التسبيب هو بالاكثر أمر شخصى لا يتسم بصرامة اليقين وهذا مايفسر استحالة اشتراط الاجماع لصدور الحكم ، واستحالة اشتراط أن يكون اقتناع قاضى الموضوع كافيا لحمل محكمة النقض على الاقتناع هى الأخرى . ومن هنا — ولأن هذا الاقتناع من جهة أخرى لا يجرى فى فلك قانونى — يفلت هذا الاقتناع تماما من رقابة محكمة النقض وهذا ما يسلم به الفقه ومحكمة النقض هذا عن مضمون الاقتناع وهو لايعدو أن يكون قرارا بثبوت الوقائع أو ينفى ثبوتها .

وهكذا ، لايخضع اثبات الوقائع ، من حيث المضمون مطلقا ومن حيث المنهج إلا ما استثنى بنص خاص — لقاعدة قانونية ، وبالتالى فان التقدير المبذول من القاضى فى هذا الصدد لا يعتبر تقديرا قانونيا ، والخطأ الواقع فيه لا يشكل خطأ فى القانون لأنه لا يتخالف مع أية قاعدة فيه . أو كما عبرت محكمة النقض : « ان العبرة فى المحاكمات الجنائية هو باقتناع القاضى بناء الأدلة المطروحة عليه بإدانة المتهم أو ببراءته ، ولا يصح مطالبة قاضى الموضوع بالاخذ بدليل معين فقد جعل القانون من سلطته أن يزن قوة الاثبات وأن يأخذ من أى بينه أو قرينه يرتاح اليها دليلا لحكمة إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه[1]

---

(١) انظر وقارب :

GORRHE, op. cit,, p. 113 et 114

(١) نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٤٨ ص ٢٣٥ . والأحكام المشار اليها فى هـ ١ ، هـ ٢ ص ٢٨٥. وانظر كذلك نقض ١٩٦٧/٢/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٣٨ ص=

وقد رددت محكمة النقض هذا التأكيد من زمن ، فى قولها « أن القاضى فى المواد الجنائية غير مقيد بأدلة معينة بل أن القانون قد ترك له كامل الحرية فى أن يكون عقيدته فى حقيقة الواقعة المرفوعة بها الدعوى أو فى علاقة المتهم بها من أى دليل يستخلصه مما يقدم اليه بالجلسة ، فى مقام الإثبات فى الدعوى ما دام الاستشهاد به غير محرم بصفة عامة، وهو متى انتهى الى رأى فى الدعوى على ما اقتنع به من الأدلة أو القرائن التى استظهرها من التحقيق الذى أجراه فلا يصح فى القانون محاسبته عن السند الذى اعتمد عليه من حيث مبلغ قوته فى الاثبات ...[1]

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية هى الأخرى ، فى تقريرها : بأن مهمتها أن تراقب علاقة الواقعة – كما أثبتها الحكم المطعون فيه – بالقانون ، وليس لها أن تقرر ما إذا كان الحكم قد أساء أو أحسن القضاء فى الواقعة ، إنما تتحدد سلطاتها بما إذا كانت هذه الوقائع كما أثبتها القاضى ، تسقط أم لا تحت قبضة قانون العقوبات ، وتحت هذا النص أو ذاك[2] .

وليس الفقه بأقل تأكيداً لهذا المعنى ، فدائماً ما يقرر أن على محكمة النقض أن تأخذ كثوابت بالوقائع كما أثبتها قاضى الموضوع لتبين ما إذا كان الحكم – بفرض صحة وثبات هذه الوقائع – قد طُبق القانون فيه تطبيقاً صحيحاً ، أو بعبارة أخرى

= ١٨٩ — نقض ١٩٦٧/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٢٣٠ ص ١١٠٥ — نقض ١٩٦٧/١١/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٢٣٥ ص ١١٢٣ — نقض ١٩٦٧/١٢/١١ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٢٦٣ ص ١١٤١ نقض ١٩٦٨/١١/٢٥ س ١٩ ق ٢٠٥ ص ١٠٠٨ نقض ١٩٧٠/١/٤ س ٢١ ق ١ س ١ ، ق ٣ ص ٢١٧ ، ق ٤ ص ٧٢١ — نقض ١٩٧٠/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ٧٤ ص ٣٠٢ — نقض ١٩٧٢/٤/٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ١١٦ ،

(١) نقض ١٩٤٢/٦/٨ المحاماة س ٢٣ ق ١٤٢ ص ٣٥٥ — نقض ١٩٧١/٣/٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ق ٥٠ ص ٢٠٦ ... أضافت المحكمة ، إلا اذا كان هذا السند ليس من شأنه فى حد ذاته أن يوصل الى النتيجة التى انتهى اليها . وسوف نعود لهذا التحفظ عند مناقشة شرط المعقولية .

(٢) انظر :ض

Cass. Crim 1er Déc. 1960, B. No 564
Cass Crim. 1960, B, No, 176

لتراقب ما إذا كانت الوقائع كما أثبتها قاضى الموضوع تدخل فى الصياغة القانونية للجريمة كما أعلنها الحكم(١) .

وقد كان مؤدى هذا التأكيد ، أن نعلن استحالة تخلف الخطأ فى القانون فى نشاط القاضى المتعلق باثبات الوقائع ، فالخطأ فى القانون انما هو كل خطأ يمكن أن يقع فى الحكم القانونى ، ويتمثل سواء فى مخالفته لحد قانونى على القاضى ، أو

(١) انظر على سبيل المثال :

ERNEST FAYE, La Cour de Cassation, Traité de ses atributions de sa competence de la procedure observes en matiere civile
PARIS, 1903, No 12
VITU, Traité, op. cit., p. 1188
JULES LE CLECH op. cit., Face, p. 4 et p. 29
GARRAUD, Traité op. cit., p. 329
PETER NEU, op. cit., p. 298
LEVASSEUR, op. cit., p. 444 et 283.
PEAGAUR, op. cit., p. 444. et 448.
MARTY, op. cit. p. 14
BOUZAT, op. cit, p. 435
RIGAUX, op. cit., p. 361 et s.

ومذكور فى Rigaux رأى Merlin أن القضاء السىء والقضاء ضد القانون نوعان مختلفان ، فاذا كان لمحكمة النقض بل عليها أن تلغى كل الأحكام المخالفة للقانون ، فليس لها على الاطلاق أن تلغى الحكم الذى لم يقضى الا ضد المنطق أو الصواب . وفى نفس فكرة Merlin انظر :

Graven, op. cit., p. 615, Traité, op. cit, T.V.N. 2267

وفى الفقه المصرى ، انظر على سبيل المثال : محمود مصطفى ، ص ٦٢٣

من هذا (من تعداد حالات الطعن بالنقض) يتبين أن محكمة النقض لا تنظر فى ثبوت الوقائع وعدمه ، بل تسلم بها على الوجه الذى استظهرته محكمة الموضوع . وتقتصر وظيفتها على مراعاة صحة تطبيق القانون على هذه الوقائع :

المرصفاوى ص ٩٨١ ، أن مهمة محكمة النقض هى الاشراف على أعمال القانون إعمالا سليما لتتوحد المبادىء القانونية ومن ثم يقتصر اختصاصها على هذه المسائل فقط ، فلا علاقة لها بوقائع الدعوى وما تستخلصه محكمة الموضوع .

ــ فتحى سرور ، الوسيط ص ١٠٨ وما بعدها ، لاسيما ١٠١١ « ويجدر التنبيه إلى أن السلطة المطلقة لمحكمة الموضوع هى فيما يتعلق بحصول الواقعة إثباتا أو نفيا ، دون تكييفها القانونى فهو يخضع لرقابة النقض

خطأ فى قانونية التقدير الذى يبذله فى القضاء . والتقدير الذى يبذله القاضى فى اثبات الواقع لا تحكمه قاعدة فى القانون ، بل هو متروك « لاقتناعه » ويدخل بالتالى فى نطاق الحكم الواقعى الذى يستحيل ان يتخلف عنه خطأ فى القانون يفتح للحكم باب النقض ، وأن جاز أن يتخلف عنه خطأ فى المنطق ، أو ما يسمى فى الفقه القانونى بالقضاء السيىء[1]

(٧١) لكن هذا التأكيد — وهو صحيح فى ذاته — يحتاج الى بعض التأمل فى طبيعة رقابة التسبيب عليه . بمعنى اخر هل تراقب محكمة النقض اقتناع قاضى الموضوع بثبوت الوقائع عن طريق رقابتها لتسبيب الحكم ؟

لا شك اليوم أن رقابة محكمة النقض على صحة تسبيب الاحكام القضائية تعتبر امرا مسلما به ، وقد ألزم المشرع فى مصر قضاتها بتسبيب الاحكام بمقتضى المادة ٣١٠ من ق.أ.ج. والتى نصت على نه « يجب أن يشتمل الحكم على الاسباب التى بنى عليها ... وتكرر النص على هذا الالتزام فى المادة ٣١١ ، يجب على المحكمة أن تفصل فى الطلبات التى تقدم لها من الخصوم وتبين الاسباب التى تستند اليها ، وقد جاء فى تقرير لجنة الشيوخ عن المادة ٣١٠ أن بعض الأعضاء قد تساءل عن المقصود بعبارة الأسباب ، وقال « انه إذا كان المقصود بها بيان الأدلة التى تبنى عليها المحكمة اعتقادها فإن ذلك يخالف المبدأ العام الذى يقضى بأن القاضى إنما يحكم فى الدعوى الجنائية حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته ولا يدخل حكمه فى ذلك تحت رقابة محكمة النقض والابرام . وقد نصت المادة ٣٠٦ والتى اصبحت (٣٠٢) على هذا المبدأ صراحة ولا محل إذن لوجوب بيان هذه الأسباب فى الحكم واعتباره باطلا اذا خلا من بيانها مع أنه

(١) ومع ذلك جعلت بعض التشريعات أحيانا من الخطأ فى الواقع خطأ فى القانون حيث نصت صراحة على اعتبار الخطأ الجسيم فى اثبات الواقع سببا للنقض كما فى اليابان ، أو من سوء تقدير الذنب سببا للنقض كما النرويج

انظر :

PETER NEU, op. cit. p. 34

ليس لأى جهة أخرى أى اشراف على تقديرها ، وطلب هذا الفريق من الاعضاء حذف عبارة الأسباب من أجل ذلك وبقاء المادة على ما هى عليه فى قانون تحقيق الجنايات الحالى . ولكن أغلبية اللجنة رأت بقاء هذه العبارة كما هى فى المادة ٣١٤ من المشروع (٣١٠ ق.أ.ج.) ، لأن القاضى يجب عليه أن يبرر حكمه فى جميع الوجوه سواء من حيث ثبوت التهمة أو من حيث تطبيق القانون » .

ولعل فى هذا التساؤل وفى الرد عليه ما يلقى بعض الضوء على صلب المشلكة التى نعالجها . هل لمحكمة النقض أن تراقب اقتناع القاضى عن طريق رقابتها لصحة تسبيب الحكم ؟

ووضعا للمشكلة ، فإن تسبيب الحكم هو التسجيل الدقيق والكامل للنشاط القضائى المبذول من المحكمة حتى النطق بالحكم . هذا النشاط هو مجموعة من الاسانيد الواقعية والمنطقية التى استقام عليها هذا المنطوق[1] . وبديهى أن هذا التسبيب لا يتولد فى لحظة تدوينه لأن المفروض أن الأسباب التى دفعت القاضى إلى أعلان منطوق معين سابقة عليه لا لاحقة له . وبالتالى فإن العيوب التى تصيبه إنما تصيب عملية التدوين نفسها أى تسطير العقيدة على الأوراق .

هناك إذن فارق ينبغى أن يتضح بين العيب الذى يصيب العقيدة ذاتها ، وذلك الذى يصيب تدوينها .

ومعلوم ان اقتناع القاضى لا يرد الا على الحكم بثبوت الوقائع . وتسبيب الحكم ليس الا تسطيرا لهذا الاقتناع من حيث منهجه ومن حيث مضمونه . أما التكييف القانونى للوقائع وتطبيق النتيجة القانونية المترتبة على هذا التكييف ،

(١) انظر : الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الاحكام الجنائية فى قضاء النقض المصرى ١٩٥٦ س ١٠ — محمود مصطفى ص ٥٠٥ — المرصفاوى س ٨١٦ — فتحى سرور س ٨١١ — نقض ١٩٦٩/٥/١٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ق ١٤٢ « المراد بالتسبيب المعتبر هو تحديد الأسانيد والحجج المبنى عليها الحكم والمنتجة له سواء من حيث الواقع أو من حيث القانون »

فهو نشاط ذهنى محض لا يحتاج بعد ثبوت الوقائع فى صورة دقيقة وكاملة إلى أية أسانيد منطقية أو موضوعية أو قانونية وينصب مباشرة فى منطوق الحكم لا فى أسبابه[1] .

معنى هذا أن الخطأ فى التكييف أو فى تطبيق النتائج القانونية المرتبة عليه ، لا يمكن بحال أن ينقلب الى خطأ فى التسبيب ، وإنما يظل دائما على أصله خطأ فى القانون ، أما فى اختيار القالب الاجرامى ، وأما فى تطبيق عقوبة غير العقوبة المقررة مع صحة الاختيار ، وما تسطيره فى أسباب الحكم الا انسياقا ضروريا لا يغير من طبيعته .

أما اثبات الوقائع فى ماديتها ومعنويتها فالأصل عدم امكانية وقوع الخطأ فى القانون فيه طالما لم يتخالف القاضى فى المنهج الذى اعتمده لاقتناعه مع قاعدة قانونية ، وهو أن تخالف فإن خطأه يصبح خطأ فى القانون لا فى التسبيب ، وبهذا لا يبقى لامكانية نقض الحكم لعيب التسبيب إلا اقتناع القاضى بثبوت الوقائع .

وفى سبيل مزيد من تحديد المشكلة نذكر بأن القانون قد أعطى لقاضى الموضوع « كامل الحرية فى بناء اقتناعه » و أن هذا الاقتناع يتحلل الى منهج ومضمون فأما من حيث المضمون أى الحكم بثبوت الوقائع أو بعدم ثبوتها فهى مسألة واقع تدخل فى السلطان النهائى لقاضى الموضوع ولا يمكن أن يصاب — المضمون — إلا « بالقضاء السيىء — لا بالخطأ فى القانون ، وبالتالى لا يجوز لمحكمة النقض مناقشته ، وإلا خالفت القانون[2] . لكن ذلك لا يعفى قاضى

---

(١) قارب :

GARRAUD, Traité, p. op. cit., T.V.p. 326

(٢) انظر : ما سبق ، وانظر كذلك مقالة :

J.F.LE CLECH :

De l'insuffisance de motife, manque de base légale de déclsions judiciaires J.C.P. 1948, 1 et 11 690

الموضوع من تسطير هذا الاقتناع ، سواء من حيث منهجه أو من حيث مضمونه بطريقة دقيقة وكاملة لأن هذه الوقائع كما ثبتت هى « الأساس القانونى » للتكييف ، وبدونه لا تستطيع محكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون عليها[1] وهذا ما عبر عنه البعض[2] . بأنه وإن كان قاضى الموضوع ليس ملزما ببيان لماذا اقتنع فهو ملزم ببيان بما اقتنع ؟ وهذا هو مضمون الاقتناع . وهو وإن كان غير ملزم ببيان لماذا اقتنع بما اعتمده من أسباب بالذات ؟ فهو ملزم ببيان تلك الاسباب . وهذا هو منهج الاقتناع .

وتسبيب الحكم – فى الاجماع الحديث – هو شكل إجرائى لازم لصحة إصدار الحكم ، ويتخلف عن عدم مراعاته مخالفة للقاعدة التى تقرره وتتخذ

---

(١) انظر مقالة : قصور الاسباب

J. F. LE CLECH, op. cit.
GARRAUD, Traité, op. cit. T.V.p. 323
PETER NEU, op. cit., p. 327.
LEVASSEUR, op. cit., p. 650
PAYE, op. cit., p. 133
MARTY, op. cit., p. 277.

مقالة :

PIERRE MANIN,
Les énonciations nécessaires, Base légale des jugements, J.C.P., 1946, 1 - 541

وتهدف الأسباب أيضا إلى تشكيل « ضمانة عدل » للخصوم للتعرف على قوام الحكم للرضا به أو التظلم منه وهو فى ذات الوقت دعوة اكثر لوضعية القاضى فى الاقتناع .

انظر : محمود مصطفى ، المرجع السابق – ورؤوف عبيد ، ضوابط تسبيب الاحكام ص ٤ وانظر :
Garraud, T.V.p. 321 note 2

ويرى أنه التزام نابع من قواعد القانون العام . ومن هنا فهو يلزم محكمة النقض نفسها . لكنه التزام يفتقر الى الرقابة بطبيعة الحال .

(٢) فتحى سرور ص ٨١١ الوسيط . ومع ذلك راجعه ص ٨٣٣

هذه المخالفة صورتين : غياب الأسباب ، وقصور الأسباب[1] .

وقد استأثرت الصورة الأولى « غياب الأسباب » بعيب التسبيب فى بدء ظهوره فى المادة ٧ من تشريع ٧ ابريل ١٨١٠ فى فرنسا ، والتى لم تكن تنص إلا على غياب الأسباب . ويبدو أن السر فى ذلك كان فى رغبة المشرع الفرنسى فى الفصل الحاسم بين السلطان النهائى لقاضى الموضوع وسلطة محكمة النقض فى التصدى فقط لأخطاء القاضى القانونية ، أو بالأدق الى تخليص اقتناع القاضى من كل ذريعة تستغلها محكمة النقض فى مراقبته .

وغياب الأسباب يعنى انعدامها . أما الأسباب غير القانونية أو غير المنطقية فلا تستوعبها هذه الصورة[2]

(١) يعتبر تضارب الأسباب صورة خاصة من قصورها ، ويرى فتحى سرور ، الوسيط ص ٨٢١ وما بعدها لعيب التسبيب صورا ثلاثة :

١ – الخطأ فى الاسناد : ويتحقق اذا كان ما أثبته الحكم لا مصدر له فى الأوراق ووارداً على أدلة تؤثر فى عقيدة القاضى . ومن رأينا أن هذه الصورة ليست خطأ فى التسبيب وانما هى خطأ مباشر فى القانون ، انه مخالفة مباشرة للمادة ٣٠٢ ق.أ.ج. لايجوز للقاضى أن يبنى حكمه على أى دليل لم يطرح امامه بالجلسة .

٢ – الفساد فى الاستدلال : حيث تستخلص المحكمة واقعة الدعوى أو ادلتها من خلال اجراءات غير صحيحة أو منطق غير سليم ، ومن رأينا أنه إذا كان الدليل وليد اجراءات باطلة ، كان ذلك خطأ مباشرا فى القانون ، لا فى التسبيب . أما إذا كان استخلاصه من منطق غير سليم ، أى كما يقرر صاحب الرأى : اذا كانت المقدمات لا تؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها المحكمة ، فهذه مسألة واقع . والخطأ فيها يشكل قضاء سيئا لاخطأ فى القانون ومن ثم لاعلاقة للنقض به .

٣ – القصور فى التسبيب ، حيث لا تبين المحكمة الوقائع المكونة للجريمة أو مضمون الادلة التى استندت اليها . أو اذا التفتت فى الحكم عن الرد عن أوجه الدفاع الجوهرى ، وهذه فى رأينا هى الصورة التى يتخذها عيب التسبيب .

(٢) انظر :

Rigau , op. cit., p. 313

وانظر فيه أحكام محكمة النقض فى بلجيكا . وجدير بالذكر أن التزام تسبيب الأحكام مقرر هناك بالمادة ٩٧ من الدستور . « تسبب جميع الأحكام وتصدر فى جلسة علنية » . لكنه يقرر أنه برغم الصفة الشكلية للالتزام بالتسبيب فان ذلك لم يمنع محكمة النقض من بسط رقابتها على الأحكام التى تتضمن أسبابا غير قانونية وأن تخضع لرقابتها الحكم فى الواقع . فمن بين الأسباب غير القانونية ثمة أسباب (مخالفة للقانون)

وجدير بالذكر ايضا ان المادة ٥٥١ ق.أ.ج الألمانى لم تنص هى الأخرى إلا على غياب الأسباب :
PETER NEU, op. cit. p. 327

وهو ما يفهم كذلك من المادة ٣١٠ ق.أ.ج المصرى

ويشكل هذا الغياب عيبا شكليا يتصدر سائر العيوب الأخرى ، ويحظى من محكمة النقض بالفحص المبدئى لأن وجوده كاف لإفقاد الحكم شرعيته ولا يبقى منه سوى مظهر الحكم . وتكتفى محكمة النقض فى مواجهته بالاشارة الى النص القانونى الذى يوجب التسبيب دون إن تبدى رأيا فقهيا فى الحكم أو فى الأوجه الأخرى المقدمة من الطاعن أو المتوافرة فى الحكم . لكن هذا العيب نادر الوقوع فى العمل الا فى صورته الجزئية . وهى أغفال المحكمة للرد على طلبات الخصوم(1)

لكن محكمة النقض الفرنسية لاحظت أن رقابتها على صحة تطبيق القانون سوف تنتهى الى لا شىء اذا انحصرت فى الرقابة الشكلية المحضة على « وجود » الأسباب . فألزمت قضاة الموضوع بأن يعطوا تسجيلا جديا ودقيقا بدرجة كافية لكى تصبح رقابتها لصحة تطبيق القانون ممكنة وفعالة . ونقضت الحكم لقصور أسبابه فى كل مرة لا يفى فيها القاضى بهذا الالتزام . وقد أيد الفقه هذا التوسع برغم خروجه بدرجة ما على النصوص بإعتباره نتيجة للدور المنوط بمحكمة النقض . فالأسباب المرتبكة أو الناقصة أو الغامضة تولد شكا كفيلا بمصادرة حق محكمة النقض فى الرقابة(2) . فعلى قضاة الموضوع واجب التسجيل

---

(1) انظر :

FAYE, op. cit., No. 84. et No. 120
PETER NEU , op. cit. p. 328
RIGAUX, op. cit. p. 310

مقالة :

J.E.LE CELEC'H :
Les moyens de forme et les moyens de fond, devant la Cour de Cassation, J.C.P., 1947, 1, 634

مقالة :

EDM, TOURNON :
Les defaut de motifs, vice de forme desjugements, J.C.P., 1940, 1, 553

(2) انظر فى الفقه :

EMILE CHENON, La Cour de Cassation, origines, conditions et effets de la Cassation, 1882, p. 143 et s.
MARTY, op. cit. p. 278 et 283
JUES LE CLEC'H

الدقيق والجدى للأسباب ، ولمحكمة النقض بما لها من سلطان تأديبى على قضاة الموضوع مراقبه هذا التسبيب ، سواء تعلق بمسألة تدخل أو لا تدخل تحت رقابتها ، غاية الأمر أن رقابتها فى الأولى تكون أوسع[1] . وتبريراً لتلك الرقابة ظهرت فى الفقه نظرية « غياب الأساس القانونى للحكم » . وتتحصل هذه النظرية فى أن الحكم يعتبرا فاقداً للاساس القانونى له ، مستحقا للنقض ، فى كل مرة لا تسمح فيها أسبابه لمحكمة النقض بالتعرف على ما إذا كانت العناصر الضرورية لتطبيق القانون قد اجتمعت فى الواقعة أم لا[2] . فتخلف الأساس

- ومقالة قصور الاسباب

PETER NEU, op. cit. p. 327

ويقرر أن ذلك ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ منتصف القرن التاسع عشر (ص ٣٢٩)

MAURY, op. cit. p. 586

انظر فى القضاء : ان قصور الأسباب وتضاربها يتساوى مع غيابها (باعتبار أن غياب الاسباب كان وسيلة اختصاصها الوحيدة لهذا العيب) :

Cass. 14 fév. 1910 B. 67
Cass. 21 Mai 1920. B. 241
Cass. 8 Déc. 1923. B. 247
Cass. 14 Mai 1929. B. 419
Cass. 11 mai 1941, Gaz, Pal, 1941, 1. 289

إن اخلال القاضى بالالتزام المفروض عليه بالتسبيب يتحقق : اذا اهمل ايضاح الوقائع المشكلة للجريمة

Cass. 17 Juin 1922, B. 215

أو إذا اصدر الحكم بالبراءة دون فحص لوقائع التهمة

Cass. 20 Nov. 1926, B. 259

أو الذى يكتفى باعلان أن جنحة خيانة الامانة كانت ثابتة

Cass. 5 Déc. 1912, B. 609

أو بأن التهمة ثابتة من التحقيق والمستندات

Cass. 22 juin 1907, B. 280

أو أن المتهم ساهم فى السرقة على الاقل كشريك

Cass. 22 Déc. 1909, BN. 464

أو إذا كانت اسباب الحكم خاطئة أو غامضة

Cass. 18 janv. 1918, B. 11

او اذا كانت اسباب الحكم غير دقيقة

Cass. 30 Déc. 1911, B. 630

(١) انظر :

PETER NEU, op., cit, p. 330, 331 et 583
MARTY, op. cit, p. 279 et s. & 368

(٢) انظر :

CHENON, op. cit, p. 134

القانونى ، ليس مخالفة للشكل الاجرائى ولا مخالفة للقانون الموضوعى ، وإنما هو عيب ثالث ينضم اليهما ، ويجمع مختلف الحالات التى تكون فيها أسباب الحكم المطعون فيه . برغم اتباعها لقواعد الشكل ــ لا تسمح لمحكمة النقض بالتعرف على مدى قانونية الحكم المطعون فيه ، ويكمن هذا الاساس فى الصلة التى تربط الوقائع بالنص القانونى الذى طبق ، فإذا ما أرتأت أن هذا القانون قد خولف أو أسيء تطبيقه ، فثمة مجال للنقض « لمخالفة القانون » . أما إذا كانت الاسباب لم تسمح للمحكمة بالتعرف على العناصر الضرورية للواقعة والتى تبرر التطبيق القانونى المعمول عليها فثمة غياب للأساس القانونى[1]

غياب الأساس القانونى إذن هو قصور أو عدم دقة أسباب الواقع[2] .

بهذا تتضح الصلة بين تخلف الأساس القانونى ــ قصور أو عدم دقة أسباب الواقع ــ وبين التكييف القانونى[3] . فهذا التخلف من شأنه أن يشكك محكمة النقض حول ما إذا كان قاضى الموضوع قد أهمل تسطير العنصر المتخلف ، أو القاصر على الرغم من احاطة عقيدته به ، أم أنه قدر على العكس عدم دخوله فى عناصر التكييف القانونى فيكون قد أخطأ فى المفهوم المجرد للقاعدة القانونية[4]

---

(١) انظر : FAYE, op. cit, No 119

مقالة « قصور الاسباب » J.F.LE. CLEC'H

ومقالة : MIMIN, op. cit.

(٢) انظر : MARTY, op. cit, p. 282

(٣) انظر : MAURY, op. cit, p. 586
PETER NEU, op. cit, p. 330 .
RICAUX, op. cit, p. 308
MARTY, op. cit, p. 282 et s.

(٤) انظر : RIGAUX, op. cit, p. 309

وقد أعطى البعض تعداداً للصور التى يتخذها تخلف الأساس القانونى فى خمسة :[1]

١ – إذا لم يعرض القاضى وقائع الدعوى بطريقة دقيقة تسمح للمحكمة بمباشرة رقابتها .

٢ – إذا أهمل القاضى الايضاح الدقيق لإحدى الشروط الجوهرية اللازمة لتطبيق القانون .

٣ – إذ صيغت الأسباب فى عبارات واسعة أو غامضة لا تسمح لمحكمة النقض بمباشرة رقابتها .

٤ – إذا غمض السبب الباعث على الحكم بدرجة لا تسمح بالتعرف على ما إذا كان قاضى الموضوع قد أقام حكمه على أسباب واقعية أم قانونية

٥ – إذا استقام الحكم على سبب متهالك operant

وقد انتقد هذا التعداد بأعتباره ـــ باستثناء الأخير الذى يعتبر مخالفة مباشرة للقانون لقيام الحكم على غير دليل ـــ تكراراً للاشكال الخاصة التى تتخذها الصورة الثانية « الشرط الجوهرى » ، والشرط الجوهرى هو ما تعتبره محكمة النقض كذلك ، وفقا لمتطلبات التكييف القانونى[2]

وقد انتقدت نظرية تخلف الأساس القانونى للحكم ، لافتقارها الى المضمون الدقيق وخطورتها بسبب هذا الغموض ، فتخلف الأساس القانونى يتسع حتى

(١) انظر : CHENON, op. cit, p. 134 à 138

(٢) انظر : PETER NEU, op. cit, p. 330

ليشمل سائر مخالفات القانون المتصورة . والحق أن هذا النقد مبالغ فيه ، لأن تخلف الأساس القانونى كما حدده أصحابه هو « قصور أو عدم دقة أسباب الواقع »[1] . ولتلافى هذا النقد يفضل البعض الإبقاء على تسمية « قصور الأسباب »[2]

وقد اعتمد المشرع الفرنسى نظرية تخلف الأساس القانونى ، بنصه فى المادة ٥٠٣ ق.أ.ج. الفرنسى على بطلان الحكم الذى لا يتضمن أسبابا أو يتضمن أسبابا قاصرة لا تسمح لمحكمة النقض بمراقبة صحة تطبيق القانون ، وبهذا النص أصبح لا جدال فى الطبيعة الشكلية لالتزام التسبيب ولغياب الأساس القانونى[3]

والواقع أن نظرية الأساس القانونى معروفة لدينا دون نص ، ذلك أن تسبيب الحكم كشكل لصحة اصداره ، لا تتحقق الغاية منه الا اذا سجل قاضى الموضوع الوقائع كما ثبتت لديه تسجيلا دقيقا وكاملا بطريقة تسمح لمحكمة النقض بمراقبة صحة تطبيق القانون . وهو فى رأينا التفسير الصحيح لما اشترطته المادة ٣١٠ من ق.أ.ج المصرى من ضرورة اشتمال الحكم على الأسباب التى بنى عليها وعلى بيان الواقعة فى حالة الادانة .

(١) انظر نقد المدعى العام :

Paul Leclerep

فى

Rigaux, op. cit, p. 311 et 312

Marty, op. cit. p. 28

(٢) فى نظر محكمة النقض

PETER NEU, op. cit, p. 330

(٣) وجدير بالذكر أن غياب الاساس القانونى كان يعتبر وجها موضوعيا لاشكليا للطعن بالنقض ، وكانت المحكمة فى مواجهته لا تكفى بالنص على المادة ٧ من تشريع ١٨١٠ - كما هو الحال فى حالة غياب الاسباب — وانما كان يلزم — من المحكمة والطاعن — الاشارة الى النص القانونى الذى لم يكن يمكن بسبب ما شاب الحكم من قصور التحقق من سوء تطبيقه من قاضى الموضوع
انظر فى ذلك خصوصا مقالة :

J.F.LE. CLEC'H

قصور الاسباب :

Rigaux, op. cit, p. 310

فالقاضى عليه أن يعطى تسجيلا دقيقا وكاملا لمضمون أقتناعه ، أى للواقعة كما صحت لديه . فذلك هو الاساس القانونى للحكم وهو البيان الضرورى لتمكين محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون . كما أنه ملزم ببيان الأسباب التى دفعته الى هذا الاقتناع أى ببيان الأدلة التى اعتمدها ومضمون كل منها ، فذلك هو منهجه فى الاقتناع . وهو فيه ليس حرا على الدوام . لكن هذا كله لا يعطى لمحكمة النقض ، حق مناقشة أو انتقاد هذا المضمون اطلاقا ولا هذا المنهج طالما لا تخالف فيه مع القانون . بل أن عليها أن تأخذ به كثوابت ما دام محدداً بطريقة دقيقة وكاملة — مهما شابه من قضاء سىء . للتحقق من صحة تطبيق القانون عليه كما هو ثابت فى الحكم[1]

ولأن بحثنا ينصب على تحديد فكرة الخطأ فى القانون ، ولأنه لا يتضمن بحال تقييما لنشاط محكمة النقض ولا وصفا له ، فإننا نكتفى بأن نرفض التحفظ الذى تحرص محكمة النقض دائما على اتخاذه حول حرية القاضى فى الاقتناع بقولها : « إلا إذا كان هذا السند ليس من شأنه فى حد ذاته أن يوصل الى النتيجة التى انتهى اليها» أو « إلا إذا كانت العناصر التى اعتمد عليها فى قضائه لا يجوز اتخاذها كمقدمات منطقية للوصول الى النتيجة التى رتبت عليها ، أو « مادام استخلاصه سائغا فى العقل والمنطق »[2]

---

(١) انظر : على زكى العرابى : تسبيب الاحكام الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ١٩٣١ عدد مايو ، ص ٣٩٥ وما بعدها ، خصوصا ص ٣٩٧

(٢) ومن الأحكام النموذجية المعبرة عن فكرتنا ، ما قررته محكمة النقض المصرية فى ١٩٨١/٣/٨ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٥٠ ص ٢٠٦ من أنه : « لئن كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير أدلة الدعوى ، فلها أن تأخذ بها أو تطرحها دون بيان العلة ، الا أنها متى أفصحت عن الأسباب التى من أجلها أخذت بها أو طرحتها، فانه يلزم أن يكون ما أوردته واستدلت به ، مؤديا لما رتب عليه من نتائج ، من غير عسف فى الاستنتاج ولا تنافر فى حكم العقل والمنطق ، ويكون لمحكمة النقض مراقبتها فى ذلك ... »

انظر : نقض ١٩٧٠/٢/٢٥ س ٢١ ق ١٧٦ ص ٧٥٠ ، وقررت المحكمة أن من حقها أن تراقب ما إذا كانت أسباب رفض الشهادة المرضية تؤدى الى النتيجة التى رتبها الحكم أم لا .

وانظر عكس هذا الحكم تماما : نقض ١٩٧٢/١/١٧ س ٢٣ ق ٢٤ ص ٨٩

فقصور الأسباب ليس معناه القصور المنطقى فى اقتناع القاضى ، فهذا القصور ليس خطأ فى القانون وأنما هو نوع من القضاء السيء الذى لا سلطان سوى لمحاكم الاستئناف عليه ، لكن القصور فى الأسباب معناه القصور فى بيان الواقعة ، فى تحديد عناصرها المشكلة للتكييف القانونى . واقتناع القاضى بدليل ما ورفضه الاقتناع بغيره ، ليس خطأ فى القانون وليس لمحكمة النقض حق النظر فيه طالما لم يتخالف مع قاعدة قانونية تلزم القاضى بدليل ما ، أو تحدد له حجيته ، حتى ولو كان تقديره سيئا . فالتقدير السيىء قضاء سيىء لا خطأ فى القانون ، ولا علاقة للنقض به .

وعلى ذلك فإذا أفرغ القاضى مضمون اقتناعه ، أى الواقعة المستوجبة للأدانة فى عبارات عامة معماة ، أو وضعه فى صورة مجملة مبهمة كان فاقداً للأساس القانونى له ، أو فى تعبير النص فى بيان الواقعة . ونفس الحكم بالنسبة لبيانه للأسباب التى بنى عليها . وتشكل هاتان الحالتان صورة قصور الاسباب ، أما إذا أغفل ذكر الأسباب التى بنى عليها اقتناعه — وهى صورة نادرة إلا فى حالة عدم الرد على طلبات الخصوم كما ذكرنا — كان مصابا بتخلف الأسباب[1]

فالواقع أن هناك فارقا ينبغى أن يظل واضحاً بين الخطأ فى القانون والقضاء السيىء . فبينما يعتبر الحكم خاطئا فى القانون إذا كان القاضى قد تخالف فيه مع قاعدة قانونية حتى ولو كان قضاؤه فى المنطق المجرد قضاء حسنا . فإن الحكم يعتبر سيئا فى قضائه إذا تخالف القاضى فيه مع العدل والمنطق ولو توافق مع سائر القواعد القانونية . ومثاله المثير الحكم الذى ينتهى الى نتائج لا ترشحها المقدمات أو الذى يكون استخلاصه غير سائغ أو الذى يأخذ المتهم بالشدة مطبقا عليه أقصى العقوبة حيث كان ينبغى أستخدام الرأفة معه .

---

(١) ويدخل فى قصور الاسباب تضاربها ، راجع ما سبق . والمرصفاوى ص ٨١٩ — محمود مصطفى ص ٥٠٨ — نقض ٣ يناير ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ ق ٧٦٧ ص ٧٢٣ — نقض ١٩٦٥/٥/٣ احكام النقض س ١٦ ق ٨٦ — نقض ٧١/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ق ٢٥ ص ١٠٦ — نقض ١٩٧١/٣/١ مجموعة أحكام النقض ص ٢٢ ق ٤٢ ص ١٧٥

ويقوم التنظيم القضائى على رصد كل طريق من طرق الطعن لمواجهة نوع معين من الأخطاء .

فالأخطاء المحتملة وعلى الأخص فكرة القضاء السيىء ، كان فى الاستئناف رصد لمواجهتها . أما النقض فإنه مرصود لمراقبة صحة تطبيق القانون لتحقيق وحدته[1] . وعلى ذلك فحين نرفض انشغال النقض باصلاح القضاء السيىء ، لا نوافق على بقائه فى الحكم . وإنما نتوجه به الى المحكمة التى رصدت له لا الى النقض . أما إذا كان القضاء السيىء قد صدر من محكمة الاستئناف نفسها ، فتلك نهاية ليست بمستغربة لأن محكمة النقض نفسها ليست بمعصومة من الوقوع فيه أو فى الخطأ فى القانون . وعندئذ فلا مجال للاصلاح سوى التماس العفو .

ومن ناحية أخرى فإن استعانة محكمة النقض بفكرة المعقولية كوسيلة للتصدى للقضاء السيىء — والخطأ الواقع فيها يعتبر خطأ فى الواقع — تتحقق فيه مخالفتان للقانون : الأولى فى قضائها فى مسألة واقع لا قانون . والثانية تكون مع المادة ٣١٠ التى تعطى لقاضى الموضوع كامل الحرية فى تكوين اعتقاده فإذا ما خطأته بحجة ان اقتناعه ليس معقولا ، فكأنما تنتزع منه حريته فى التقدير الممنوحة له بتلك المادة .

ومن ناحية أخرى فان تأييد هذه الرقابة يعتبر انحرافا مزدوجا فى النظرة . لأن القضاء السيىء ، ليس مستبعدا عن قضاة النقض ، وعدم معقولية الاقتناع ليس حكرا على قضاة الموضوع . ولو كان ، بل لو كان شائعا بينهم لوجب أن

---

(١) يقرر :

Rigaux, op. cit., p. 311

ان الفقه البلجيكى ينتقد حتى توسع محكمة النقض فى مراقبة قصور الاسباب ويعتبرونها نوعا من التزيد .

كما يقرر :

Rigaux, p. 361

ان الفقه الايطالى يقاوم محكمة النقض فى الاتجاه الذى تتخذه نحو توسيع رقابتها فى منطقة (منطقية اقتناع القاضى) حملا للمحكمة على التزام وظيفتها الأساسية كحارسة للقوانين .

ينصب الاصلاح على التنظيم القضائى برمته .

خلاصة الكلام ، أن تسبيب الحكم يعنى تسطير الاقتناع منهجا ومضمونا والقصور فى هذا الصدد هو فى جميع الاحوال عرض غامض أو عرض قاصر ، أو متضارب لهذا الاقتناع . هذا القصور أو الغموض يفقد الحكم الاساس القانونى الذى تراقب محكمة النقض على أساسه صحة تطبيق القانون . وهذا هو المعنى الوحيد للتسبيب وهو المعنى الوحيد كذلك الذى يشكل خطأ فى القانون يعطى لمحكمة النقض الوسيلة الشرعية لاختصاصها[1]

قصور التسبيب لايعنى اذن القصور المنطقى فى اقتناع القاضى ، ولو عناه لانتهت تماما كل تفرقة بين النقض والاستئناف ولا بتلعت محكمة النقض السلطان النهائى لقاضى الموضوع عن طريق التسبيب وفقدت بذلك كل سمة خاصة لها وأصبحت بيقين محكمة عليا للاستئناف[2]

(٧٢) — ٢ — المرحلة الثانية : التكييف القانونى للوقائع :

يفترض التكييف القانونى للوقائع ثبوتها وصحة نسبتها إلى المتهم . وينتهى — باعتباره العلاقة بين تلك الوقائع وبين القانون — بمنح الوقائع « اسما قانونيا » ينطوى فى القانون الجنائى على نتيجة ملازمة هى تطبيق العقوبة المنصوص عليها لهذا الاسم فالتكييف يشكل من الناحية النفسية حكما حقيقيا هو عصب

---

(١) قارن الاستاذ مرقس فهمى ، المحاماة س ١١ عدد ٣ ديسمبر ١٩٣٠ « وجوه النقض المتصلة بالموضوع » ، ص ٢١٣ الى ٢٣٠

(٢) انظر :

Chavance, op. cit, p. 96

وجدير بالملاحظة أن مجموعة النقض لسنة ١٩٧١ ص ٢٢ تتضمن ٢٤٨ طعنا لعيب التسبيب ، نقضت المحكمة من بين هذه الطعون ٧٨ حكما فقط :

الحكم القضائى الصادر بلا شك[1] . وتتوقف صحة الاسم القانونى الممنوح للوقائع على الامساك المنضبط للعلاقة التى تربط هذه الوقائع بقواعد قانون العقوبات .

كذلك فان القوالب الاجرامية لمختلف الجرائم، — بفضل مبدأ الشرعية — محددة سلفا ومنحوتة مقدما فى ذهن القاضى ، على نحو يصبح فيه التكييف القانونى للوقائع مجرد « اختيار » للقالب الذى يتطابق مفهومه المجرد مع الخصائص القانونية المنبعثة من هذه الوقائع كما أثبتها القاضى . وتتوقف سلامة هذا « الاختيار » على صحة مفهوم القاضى المجرد للقالب الذى اختاره من ناحية ، وعلى الاستخلاص المنضبط للخصائص القانونية المنبعثة من الوقائع كما أثبتها القاضى من أخرى ومن هذا التحليل يتضح أن التكييف إنما يجرى فى فلك قانونى ، والخطأ الواقع فيه — وهو مرتد إلى الخطأ فى الاختيار — يعتبر بلا شك خطأ فى القانون[2] .

ويبدأ اختيار القاضى بعملية تقدير معنوى للوقائع التى أثبتها[3]، لتقدير استحقاقها للتجريم من عدمه ، وفقا للمفاهيم المجردة لمختلف القوالب الاجرامية

---

(١) فى هذا المعنى :

Gorphe, op. p. 133

وانظر فى الموضوع : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية.... ، ص ٧٦ وما بعدها

(٢) وقد رأينا فيما سبق اجماع الفقه على قانونية التكييف . وعلى ذلك يستقر القضاء منذ حكم المبدأ بالاتى :

Cass. Crim 5 aout 1831, 176
Caa. Crim. 28 juin 1862, B, 195
Cass, Crim, 9 janv, 1864, B. 10
Cass, Crim, 5 janv, 1950 , J.C.P. 65, IV , 101
Cass. Crim. 9 mars 1968, J.C.P., 1968, IV, 102

وهو ثابت بلا أدنى تردد فى القضاء المصرى

(٣) فى هذه المرحلة المتوسطة بين اثبات الوقائع وتكييفها ، انظر فى مختلف الاراء فيها ورفضها :

Rigaux, op. cit., p. 86

المختزنه فى ذهنه أولا ، ثم حصر القوالب المرشحة للتطبيق على تلك الوقائع ثانيا . ومعلوم أن كل جريمة تتكون من اركان تشكلها ، وتكون مع الواقعة ، محل فحص الواحدة بعد الاخرى لتقدير التطابق أو عدم التطابق بينهما .

هذا التحليل القانونى للقالب — الجريمة — يتم فى نفس الوقت مع التقدير المبذول من القاضى فى استخلاص الخصائص القانونية المنبعثة من الوقائع أو الاركان القانونية المتشكلة فيها . وغالبا ما يكون هذا التحليل سهلا ، لاسيما كلما كان المفهوم المجرد للقالب الاجرامى محددا واضحا من جانب المشرع ، كما هو الحال فى الأعم الأغلب من الجرائم ، وبفضل ما يحدثه التطبيق القضائى الجيد للمفهوم من بلورة ، من جهة ، وجهد الفقه من جهة أخرى . بحيث يكاد يكون ثبوت الواقعة ثبوتا لخصائصها القانونية ويعبر عنه — احيانا — بذات التعبير المستخدم لبيان الركن المادى والمعنوى للجريمة . أو بعبارة أخرى غالبا ما يكون الثبوت المادى والمعنوى للواقعة مستوعبا للخصائص القانونية للجريمة . .

فالحكم الذى يثبت أن المتهم تسلم الاسمدة من المدعى بالحق المدنى باعتباره وكيلا عنه بالعمولة لبيعها لحسابه ورد ثمنها اليه ، فباعها ودفع جزءا من الثمن ولم يدفع الباقى واختلسه لنفسه أضرارا به [1] ، فاثبات الوقائع فى هذا الحكم انما هو اثبات لها ولخصائصها القانونية المشكلة لجريمة خيانة الامانة فى حكم المادة ٣٤١ ق.ع .

وكذلك الحكم الدى يثبت أن المتهم قد باغت المجنى عليها وهى مريضة ومستلقية فى فراشها وكم فاها بيده وانتزع سروالها ثم اتصل بها اتصالا جنسيا بايلاج قضيبه فيها بغير رضاها منتهزا فرصة عجزها بسبب المرض عن المقاومة أو اتيان أية حركة [2] ، فالخصائص القانونية المشكلة لجريمة الوقاع — م ٢٦٧ ق.ع.

(١) انظر نقض ١٩٥٧/٦/٤ مجموعة أحكام النقض س ٨ ق ١٦٨ ص ٦١٥

(٢) انظر نقض ١٩٥٨/١/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ ق ١٠٢ ، ويلاحظ ان فى الوقائع جريمة محددة المفهوم ، فالوقاع لا يستأثر فى القانون الجنائى بمعنى يختلف عن معناه المألوف .

ثابتة من مجرد ثبوت الوقائع .

ونفس الأمر بالنسبة للخصائص القانونية لجناية القتل العمد فى الحكم الذى يثبت أن المتهم قد استل سكينا ذات حد واحد مدبب الطرف طولها ١٥,٥ سم فطعن بها المجنى عليها طعنة شديدة وسددها بقوة الى مواضع قاتلة بالقلب والحجاب الحاجز والكبد ، لسابقة اتهام أخ القتيل فى قتل ابن عم المتهم قبل الحادث بيومين[1]

لكن تقرير المطابقة بين المفهوم المجرد للقالب الاجرامى .وبين الخصائص القانونية المنبعثة من الوقائع الثابتة ، يكون عملا مركبا ودقيقا فى سائر الجرائم التى يدخل فى تشكيلها مفهوم لم يخصه المشرع بالتحديد . « كالاهانة » و « وهتك العرض » ، و « العلانية » و « المنافاة للاخلاق » و « الاساليب الاحتيالية » ، و « الطعن فى الاعراض » و « موجب للاحتقار » ...

وبرغم تقديرنا الكامل لما كان يخشاه ويتنبأ به الرئيس BARRIS من اتساع دائرة الخطأ فى القانون لتشمل تقديرات الواقع المحض إذا ما اعتبرنا الخطأ فى تكييف الجرائم غير المحددة خطأ قانونيا . برغم تقديرنا الكامل ، نسلم مع الفقه الحديث بقانونية الخطأ الواقع فى تكييف الجرائم غير المحددة المفهوم . غاية الأمر — ونرضى بذلك منطق الرئيس BARRIS — أننا نضع لهذا الخطأ دائرته الصحيحة .

فالحكم الذى يثبت قول المتهم للمجنى عليه : « يامعرص » ،[2] لا يمكن منازعته فى صدور هذا القول أو عدم صدوره ، وعند هذا الأثبات وعنده فقط ينحصر الحكم الواقعى الذى لا يمكن اصابته بالخطأ فى القانون . أما تقدير قاضى الموضوع بأن هذا يتضمن طعنا للاعراض — فى معنى المادة ٣٠٨

(١) انظر نقض ١٩٥٦/٤/٢ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ١٤ ص ٤٧٨

(٢) انظر نقض ١٩٤٥/١/٢٩ مجموعة عمر جـ ٦ ق ٤٧١ ص ٦٣٦

ق.ع. — فهو أمر يتوقف على المفهوم المجرد للطعن فى الاعراض ، فإضفاء تلك الصفة على ذلك القول أو انكارها انما هو تقدير قانونى قد يتخالف مع المعنى الذى يضمره المشرع والذى كنى عنه بعبارة « الطعن فى الأعراض » ويشكل بالتالى خطأ فى القانون .

ونفس الأمر ، بنكمش الحكم الواقعى فى حدود ما أثبته القاضى من أن المتهم قد وضع يده على آلية المجنى عليه وأحتضنه ووضع قبلة فى يده[1] . أما تقدير قاضى الموضوع بتشكيل هذه الوقائع لجناية هتك العرض ، فهو أمر يتوقف على المفهوم المجرد لهتك العرض وفق ما نصت عليه المادة ٣٦٨ ق.ع. ويعتبر الخطأ فيه خطأ قانونيا .

وتقدير ما فى الأسناد من خدش للشرف والاعتبار — وفق المادة ٣٠٦ ق.ع. — يعتبر تقديرا قانونيا ، ومنح هذه الصفة أو منعها عن الاسناد ، يشكل خطأ فى القانون كلما تخالف مع المعنى الذى يضمره المشرع « لخدش الشرف والاعتبار » . وعلى ذلك فالثبوت المادى يتوقف عند اثبات القاضى قول المتهم للمجنى عليها ، « رايحة فين ياباشا . ياسلام ياسلام . ياصباح الخير . ردى ياباشا هوه حرام لما أنا اكلمك . انت الظاهر خارجة زعلانة ، معلهش »[2] فلا يمكن منازعته فيه ، أما تقدير ما فى هذا الاسناد من خدش للشرف والاعتبار فهو تقدير ولا شك قانونى لتوقفه على مفهوم المادة ٣٠٦ له .

وفى النهاية ، فيما يتعلق بإثبات الوقائع المشكلة للطريقة الاحتيالية ، فالحكم الذى يثبت أن المتهم قد أوهم المجنى عليه وزوجته بقدرته على الاتصال بالجن

---

(١) انظر نقض ١٩٦٣/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ١٣ س ٥٨

(٢) نقض ١٩٤٠/٣/٢٦ المحاماة س ٢٠ ق ٤٧٢ س ١١٠٧. وجدير بالذكر ان جريمتى السب والقذف تعتبران من الجرائم غير المحددة المفهوم . فمن صور القذف — م ٣٠٢ — اسناد امر للغير لو كان صادقا لأوجب احتقاره عند اهل وطنه . وكذلك السب م ٣٠٦ — فيتوقف على ما فى « الاسناد » من خدش للشرف أو الاعتبار .

وإمكانه شفاء الزوجة من العقم ، واخذ يحدثا أصواتا مختلفة يسميها بأسماء الجن فى غرفة مظلمة يطلق فيها البخور ويقرأ التعاويذ وتمكن بهذا من سلب خمسة جنيهات على عدة دفعات[1] ، فلا تنازع محكمة النقض قاضى الموضوع فى حدوث هذه الوقائع ، لكن لها أن تراقب التقدير الذى انتهى منه الى ثبوت جريمة النصب بطريق الاحتيال ، والذى لو أخطأ فيه لكان خطأ فى القانون .

ضربنا ذلك على سبيل المثال ، لنؤكد الفارق بين الثبوت المادى والمعنوى للوقائع ـــ وهو ثبوت يخلو من التقدير القانونى ـــ وبين الثبوت القانونى لها أى استخلاص الخصائص القانونية المنبعثة منها والتى يعتبر التكييف فى علاقته بها حكما بثبوت التطابق بينها وبين المفهوم المجرد لاحدى القوالب القانونية ، هذا الفارق قائم ولا شك وإن دقت ملاحظته فى صدد الجرائم المحددة للمفهوم .

وعلى هذا الأساس ، فإن خطأ قاضى الموضوع فى تكييف الوقائع ينتج دائما من تقدير خاطىء بتطابق الخصائص القانونية المنبعثة من الواقعة مع المفهوم المجرد لاحدى القوالب ، وهذا لا يكون إلا فى حالة الأمساك الخاطىء بالعلاقة المشتركة بين تلك الخصائص وهذا المفهوم أو هو خطأ فى إختيار المهفوم[2] المتطابق ، « خطأ فى تطبيق القانون » .

ويرجع الخطأ فى الاختيار دائما ، الى الفهم الخاطىء لقاضى الموضوع للمفهوم المجرد للقالب الاجرامى الذى اختاره . هذا الخطأ قد يكون السبب المباشر للخطأ فى التكييف ، كالحكم الذى يدين متهما بجريمة العود للاشتباه ، على أساس اتهامه باهانة أحد رجال الشرطة مع أن الأهانة ليست من بين الجرائم المنصوص عليها فى المادة الخامسة من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ والتى

---

(١) نقض ١٩٥٢/٢/١ مجموعة أحكام النقض س ٤ ق ٦٩ ص ١٧٤

(٢) ويلاحظ أنه يمكن أن لا ترتبط الخصائص القانونية المبعثة من الوقائع بأى قالب اجرامى ، وهنا تستحق فى القانون الجنائى البراءة

نصت على جرائم الاعتداء على النفس أى جرائم الاعتداء التى تتطاول الى الجسم دون أن تصيب الشخص فى شرفه واعتباره[1]

لكن الخطأ فى المفهوم المجرد للقاعدة قد ينعكس بطريقة غير مباشرة على الاستخلاص الصحيح للخصائص القانونية للواقعة كالحكم الذى ينتهى الى احتساب جريمة تسهيل تعاطى المخدر (م ٣٥ من قانون مكافحة المخدرات رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠) فى حق الطاعن لمجرد أن تعاطى المخدرات قد تم فى منزله ، فليس فى ذلك ما يسمح قانونا بأعتباره مسهلا لضيفه تعاطى المخدر طالما كان يبادله استعماله فقط . فالخصائص القانونية التى يصح استخلاصها من هذه الواقعة هى خصائص جريمة إحراز المخدر بقصد التعاطى (م ٣٧ من نفس القانون » لا تسهيل تعاطى المخدر[2] . ولعل فى هذا ما يبرز كيف أن الخطأ فى الاستخلاص يتوقف بدرجة أو بأخرى على الفهم الصحيح للمفاهيم المجردة والذى ينعكس على الاستخلاص بطريقة غير مباشرة .

على أن القاضى قد يتعمد الاختيار الخاطىء . وهو أمر متصور فى صدد الجرائم السياسية التى يتنازع هو نفسه مع مفهومها المجرد ، لكن هذا الاختيار ــ مهما كانت سلامته الموضوعية ــ يعتبر ولا شك مخالفة للقانون .

الخطأ فى التكييف القانونى للوقائع ، هو إذن خطأ فى إختيار القالب الاجرامى المتطابق مع الخصائص القانونية المنبعثة من الواقعة ، نتيجة عدم الامساك الصحيح بالعلاقة المشتركة بينهما ، وهو ولا شك خطأ فى القانون .

وقد نوهنا من قبل بأن سلامة هذا الاختيار تتوقف على تكوين القاضى الشخصى على المستوى العلمى ، ومستوى المعلومات الفنية ، وخبرة الحياة ، وهى مؤثرات تلعب دورها تحت السطح الظاهر ولا يمكن ضبطها إلا بالتحليل النفسى .

(١) انظر : نقض ١٩٦١/١٠/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ١٦٦ ص ٨٤٤
(٢) انظر ، نقض ١٩٦٠/١/١٩ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ١٦ ص ٨٣

هذا عن التكييف القانونى للوقائع .

(٧٣) ـــ ٣ ـــ المرحلة الثالثة : تطبيق القانون على الوقائع :

ويقتصر نشاط القاضى فى هذه المرحلة على تطبيق النتائج القانونية المترتبة فى القانون على التكييف الذى أختاره . ومن هنا ترتبط هذه المرحلة ارتباطا وثيقا بمرحلة تكييف الوقائع ، فالتكييف القانونى ـــ كما رأينا ـــ يتميز بأنطوائه على نتيجة حتمية وملازمة له ، هى تطبيق العقوبة المشار اليها فى القانون لهذا التكييف ، فكل خطأ فى التكييف أى فى اختيار القالب الاجرامى المتطابق مع الواقعة يسوق القاضى بالحتم الى الوقوع فى خطأ اخر فى تطبيق القانون[1]

وجدير بالذكر ، أن الخطأ الذى يصيب الحكم هنا يعتبر خطأ فى التكييف لا فى تطبيق القانون على الوقائع ، ويؤدى الى واحدة من حالتين :

الأولى : إعلان الجريمة فى الواقعة حيث لا جريمة فيها (أو العكس) . وذلك حين يمسك القاضى بعلاقة كاذبة بين الواقعة وإحدى القوالب الاجرامية حيث لا ترتبط الواقعة كما أثبتها الحكم بأى قالب اجرامى فى القانون ، فتتحتم البراءة انصياعا لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة ، كالحكم الذى يعلن جريمة هتك العرض فى واقعة تتلخص كما أثبتها القاضى فى أن المتهمين قد قادا المجنى عليه إلى غرفة مقفلة الأبواب والنوافذ ،وقبله أحدهما فى وجهه ، وقبله الأخر على غرة منه فى قفاه وعبث فى موضع هذا التقبيل ، فحقيقة الأمر فى هذه الواقعة انها ترتبط لا بجريمة هتك العرض ولا الشروع فيها ولا تدخل تحت حكم أى جريمة من جرائم افساد الأخلاق[2] .

---

(١) انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية .... ، ص ٦٠

(٢) انظر : نقض ١٩٤٣/١٠/١٥ المحاماة س ١٥ جـ ١ ق ٥٩ ص ١٢٤ ـــ نقض ١٩٤٧/٢/١٧ المجموعة الرسمية س ٤٨ ق ١٠٨ ص ٢٣٧ ـــ نقض ١٩٧٠/١/١٢ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ١٦ ص ٦٩

ويتوفر نفس الحكم ، إذا كانت الواقعة كما أثبتها القاضى ، تتطابق مع المفهوم المجرد لاحدى القوالب الاجرامية ، لكن سببا من أسباب الاباحة (كاستعمال الحق ــ أداء الواجب ــ رضاء المجنى عليه فيما يجوز الرضاء فيه ــ الدفاع الشرعى) كان قد توافر فى الواقعة ولم يبصره القاضى أو أنكر وجوده خطأ ، (أو العكس) كالحكم الذى يعتد بالعلاقة بين واقعة الضرب والقالب الاجرامى المخصص لها فى القانون ، وينكر تواجد حالة الدفاع الشرعى عن النفس لأن المجنى عليه لم يكن يقصد المتهم بفعل الضرب الذى كان ينوى أيقاعه به ، بل كان يقصد أخاه ، فالواقع أن الدفاع الشرعى عن النفس مكفول لمثل هذا المتهم عن نفسه أو عن غيره ولو لم يكن من أقربائه[1]

فى هاتين الحالتين وأمثالهما ، يؤدى الخطأ فى التكييف إلى الاعتداد بجريمة حيث لا جريمة فى الواقعة ، ومن ثم إلى تطبيق عقوبة الجريمة التى كانت ثمرة الاختيار الخاطىء (هتك العرض والضرب فى المثلين) ، على سلوك لا يشكل جريمة فى القانون . خطأ فى التكييف أدى الى خطأ فى تطبيق القانون . كما قد يؤدى ــ فى الفروض العكسية ــ إلى أعلان عدم الجريمة فى الواقعة ، مع أنها ــ كما أثبتها ــ تتطابق مع أحدى القوالب الاجرامية . أو لا يتواجد فيها سبب من أسباب الاباحة كما تصور القاضى ، خطأ فى التكييف ، أدى الى خطأ فى تطبيق القانون .

الثانى : اعلان الجريمة فى الواقعة مع انها تتطابق مع القالب الاجرامى لجريمة أخرى ، وهذا ينجم عن الفهم الخاطىء للمفهوم المجرد للقوالب الاجرامية ، والذى ينعكس بطريقة غير مباشرة على استخلاص القاضى للخصائص القانونية للواقعة ، كالحكم الذى يعلن جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء فى واقعة كان فيها المتهم قد قال بصوت مسموع لسيدتين يتعقبهما « أنكم ظراف تحبوا نروح أى سينما » مع أن الوصف الصحيح للواقعة أنها سب تنطبق عليه المادتان ٣٠٦ ، ١٧١ ق.ع.[2] .

(١) انظر : نقض ١٩٤٦/٦/١٠ المجموعة الرسمية س ٤٧ ق ٢٠٣

(٢) نقض ١٩٥٣/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض س ٤ ق ٢٥٥ ص ٩٩٦.

لكن مثل هذا الأعلان الخاطىء قد ينجم عن عدم أبصار القاضى ، أو انكاره ، أو إعتداده — خطأ — « بظرف » أو « عذر » من شأنه أن يغير من طبيعة الجريمة أو نوعها ، كظرف الاصرار السابق ، أو الترصد ، أو التسميم ، أو الاكراه ، أو الاعذار المعروفة فى القانون الجنائى . مثل هذا الاعلان الخاطىء ، هو فى حد ذاته — ولو تساوت القوالب الاجرامية فى عقوبتها — مخالفة للقانون ، فالحقيقة القانونية التى أعلنها الحكم لا تتطابق مع الحقيقة المقصودة فى القانون .

وجدير بالابراز هنا ، أن الخطأ فى تطبيق العقوبة فى الحالتين السابقتين ، يكمن أساسه فى « الجريمة » التى أعلنها الحكم ، أو ما يسميه الفقه الفرنسى « باعلان الذنب » la declaration du culpabillté . فيعلن القاضى الجريمة وثمة براءة فى الواقعة ، أو يعلن البراءة وثمة جريمة فى الواقعة ، أو يعلن جريمة وثمة جريمة أخرى فيها .

لكن الخطأ فى تطبيق العقوبة ، قد يترتب على نشاط القاضى برغم صحة التكييف — الاختيار — أو بعبارة أخرى برغم صحة اعلانه للذنب ، ويؤدى مثل هذا الخطأ إلى تطبيق خاطىء للقانون ، بتطبيق عقوبة غير المنصوص عليها فى القانون ، برغم صحة الجريمة التى أعلنها القاضى[1] .

فإذا كان الأصل أن المشرع قد فوض القاضى ، فى وزن العقوبة المناسبة ، تمشيا مع أغراض تفريد العقوبة ، فإن القاضى مقيد بمراعاة الحدود القانونية

---

(١) انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ... ، ص ٦٠

نقض ١٩٧٠/٤/٣٠ س ٢١ ق ١٤٨ ص ٦٢٦ — نقض ١٩٧٠/٦/٢٣ ص ٢١ ق ٣١٧ س ٩١٨ — نقض ١٩٦١/١٠/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ١٦٨ ص ٨٤٩ . وقد فسرت محكمة النقض ما فى المتن بصدد اسباب رأفة القضاة بقولها :

(غير واجب على المحكمة بيان سبب استعمال الرأفة ، لأن الرأفة شعور تثيره علل مختلفة لا يستطيع المرء غالبا أن يردها حتى يصورها بالقلم أو باللسان ، ولهذا لم يكلف القانون القاضى ، وما كان ليستطيع تكليفه ، ببيانها ...

للعقوبة ، والأسس التى علق عليها القانون تشديد العقوبة أو توحيدها ، أو وقف تنفيذها . فلا يجوز للقاضى أن يخرج فى تقديره عن الحد الأقصى المقرر للجريمة فى التشريع ، ولا أن يهبط به عن الحد الأدنى المقرر . على أنه يلاحظ أن المادة ١٧ المقررة لأسباب رأفة القضاة ، تهبط بالحد الأدنى المقرر لجميع الجرائم — إلا ما استثنى — الى الحدود المقررة فيها . وما دام القاضى قد احترم تلك الحدود فإن تقديره للعقوبة لا يمكن أن يتخلف عنه خطأ فى القانون ، وأن جاز أن يتخلف عنه خطأ فى المنطق أو تجاف مع مقتضيات العدالة ، إذا أخذ المتهم بالشدة أو بالرأفة دون موجب ، ويكون حكمه مشوبا بالقضاء السيىء لا بالخطأ فى القانون . وعلى هذا فإن تحديد قدر العقوبة — كما قضت محكمة النقض — هو من أطلاقات محكمة الموضوع دون أن تكون ملزمة ببيان الأسباب التى من أجلها أوقعت العقوبة بالقدر الذى أرتأته[1] .

وبهذا يتضح أن مخالفة الحد الأدنى أو الأقصى للعقوبة المقررة ، أو التطبيق الخاطىء لإحدى العقوبات التبعية أو التكميلية ، كالمصادرة ومراقبة الشرطة ، يعتبر خطأ فى القانون[2] . أما تقدير القاضى لقدر العقوبة ما دام قد احترم تلك الحدود فلا ترد عليه فكرة الخطأ فى القانون[3] .

لكن الخطأ فى تطبيق العقوبة ، قد يقع ، برغم احترام القاضى للحد الأقصى والحد الأدنى المقرر للجريمة ، وذلك إذا اعتمد — أو أنكر — خطأ بسبب من

(١) ويلاحظ أن بعض الانظمة كالنرويج واليابان ، تجعل من الخطأ فى تقدير قدر العقوبة سببا للنقض . انظر

Peter Neu, op. cit. p. 34

(٢) ، (٣) بشأن مخالفة الحد الأقصى المقرر للغرامة

Cass. Crim. 29 Déc, 1927. B. 332

بشأن عقوبة العزل من الوظيفة : نقض ١٩٦٢/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ق ٩٦ ص ٣٨٠ — بشأن المصادرة : انظر نقض ١٩٦١/٤/٢٥ مجموعة أحكام النقض س ١٢ ق ٦٣ ص ٥٠٦ — بشأن عقوبة الغرامة كعقوبة تكميلية وجوبا . نقض ١٩٦٣/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ ق ٥١ ص ٢٤٩

الأسباب التى من شأنها ، أن تشدد العقوبة المقررة للفعل ، كالخطأ فى حالة العود ، ولو لم يترتب عليه بالفعل زيادة العقوبة الصادرة عن الحد الأقصى المقرر للجريمة ، إذ يبقى مؤكدا إن الاثبات القانونى الخاطىء لحالة العود قد لعب دوره فى صعود القاضى بالعقوبة الى الحد الأقصى حتى ولو كانت العقوبة الصادرة مبررة [1] .

وكذلك اعتداد القاضى أو انكاره ــ خطأ ــ لحالة « تعدد الجرائم » حيث توجب عليه المادة ٢٣ إعتبار الجريمة التى عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها .

وأخيرا يدخل التطبيق الخاطىء لوقف تنفيذ العقوبة فى عداد الاخطاء القانونية إذا نطق به القاضى فى غير الحالات المسموح له فيها[2] .

(٧٤) ثالثا ــ أخطاء تتعلق بعملية اخراج الحكم القضائى :

وتشمل كل مخالفة تقع من القاضى لإحدى القواعد القانونية اللازمة لصحة إصدار الحكم ، كقاعدة سرية المداولات ، وعلنية النطق بالحكم ، ولو كانت المرافعة قد جرت سرية ، أو صدر الحكم دون توافر النصاب العددى اللازم لصدوره . ويشمل كذلك كل مخالفة لإحدى قواعد صحة نسخة الحكم الأصلية كعدم استيفاء البيانات الجوهرية فى ديباجته ، أو عدم كتابة الحكم الصادر بالإدانة ، أو عدم توقيعه خلال ثلاثين يوما من رئيس المحكمة ، وأخيراً عدم تسبيب الحكم ، على المعنى الذى قررناه فيما سبق[3]

---

(١) انظر :

Cass. 9 Aout 1855, B. 281 - et Cass. 30 Mars, 1899 B, 10

(٢) انظر نقض ١٩٥٢/١/٧ مجموعة أحكام النقض س ٣ ق ١٤٦ ص ٣٨٦ ــ ١٩٥٦/٦/٢٥ مجموعة أحكا النقض س ٨ ق ١٩٤ ص ٧١٧

(٣) نقض ١٩٤٨/٦/٣ المجموعة الرسمية س ٤٩ ص ٢٧٨

نقض ١٩٥٦/٢/٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٤٥ ص ١٣٤

انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ... ، ص ٢٣٠ ومابعدها

الفصــل الخــامس

الخــطأ فى القــانون

(٧٥) الخطأ فى القانون الموضوعى والخطأ فى القانون الشكلى
(٧٦) المفهوم التشريعى للخطأ فى القانون
(٧٧) أشــكال الخطأ فى القانون

(٧٥) حددنا فيما سبق الحكم القانونى ، بأنه كل تقدير قانونى — أى كل تقدير تحكمه قاعدة قانونية — جرى وفقا للحدود التى رسمها القانون لقاضى الموضوع المختص فى إعداده وإخراجه للحكم القضائى ، وقلنا أنه فى نطاق الحكم القانونى تنحصر — فيما نعتقد — بطريقة جامعة مانعة ، أخطاء القانون ، فلا يمكن وقوع هذا الخطأ إلا فى هذا النطاق ، كما يعتبر كل خطأ وقع فيه ، خطأ فى القانون ، ويتخذ هذا الخطأ إحدى صورتين :

الأولى : الخطأ فى « قانونية » التقدير ، ويقع قاضى الموضوع فى هذا الخطأ كلما أخطأ فى تطبيق أو فى تفسير القاعدة التى تحكم هذا التقدير ، ويطلق على هذا الخطأ — من وجهة نظر أسباب الطعن بالنقض — الخطأ فى القانون الموضوعى ويلاحظ — أن الخطأ يقع هنا فى « قانونية » التقدير ، لا فى التقدير ذاته . وهذا لا يكون إلا إذا كان التقدير محكوما بقاعدة قانونية . أما التقدير المطلق الذى لا تحكمه قاعدة قانونية ، فان الخطأ الواقع فيه يكون خطأ فى المنطق أو العدالة وهو ما يسمى بالتقدير السيىء ولا علاقة للنقض به .

الثانية : مخالفة الحدود القانونية التى يلزم حصول هذا التقدير على أساسها أو فى ظلها ، ويتخالف قاضى الموضوع مع هذه الحدود أن أغفل مراعاتها . ويطلق على هذه المخالفة — من وجة نظر أسباب الطعن بالنقض — الخطأ فى القانون الشكلى .

وعلى هذا الأساس ، فان الحكم القضائى يكون مشوبا بالخطأ فى القانون إذا تخالفت السلطة التى أصدرته مع قاعدة قانونية[1] . هذه القاعدة كما قد تكون موضوعية ، ويوصف الخطأ المتخلف عنها بالخطأ فى القانون الموضوعى ، قد تكون شكلية ويوصف الخطأ المتخلف عنها بالخطأ فى القانون الشكلى ، فما هو معيار التفرقة بين هذين النوعين ؟

قد يبدو أن القواعد الموضوعية هى بطريقة مانعة قواعد قانون العقوبات التى تقرر الجرائم والعقوبات ، وأن القواعد الشكلية بالتالى هى قواعد قانون الاجراءات الجنائية[2] وبالتالى فان الخطأ فى القانون الموضوعى هو كل خطأ يقع من القاضى فى قضائه فى موضوع الدعوى ، أما الخطأ فى القانون الشكلى ، فهو كل خطأ يتمثل فى عدم مراعاة الأشكال الاجرائية المنصوص عليها فى القانون ، والذى يترتب عليه البطلان[3] . والواقع أن هذا النظر ليس صحيحا على اطلاقه ، فالقاضى عرضة لأن يتخلف عن نشاطه « خطأ موضوعى » عند تفسيره أو تطبيقه لقاعدة اجرائية فالدفع الاجرائى الذى رفع وفقا للشكل المطلوب فى

---

(١) فى هذا المعنى :

Martin, op. cit., p. 13
PEAN, op. cit, p. 5

(٢) انظر :

GARRAUD, Traité, op. cit, p. 320 et s.
MARTIN, op. cit., p. 15
محمود مصطفى ص ٦٢٣ — المرصفاوى ص ٦٨٢ — رؤوف عبيد ص ٧٧٧

(٣) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 22

القانون ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول ، قد يتخلف عنه « خطأ موضوعى » إذا أساء القاضى تطبيق أو تفسير القاعدة التى اخضع لها الدفع وهى قواعد لا شك اجرائية[1] . وفى هذا ما يشكك فى صلاحية الطبيعة الموضوعية أو الاجرائية للقاعدة كمعيار للتفرقة ، فالخطأ الموضوعى قابل لأن يعلق حتى بالقواعد الأجرائية .

لكن بعض الفقه اتجه ــ بحق ــ الى التماس التفرقة بين هذين النوعين من الخطأ فى « المناسبة التى وقع فيها » ، فاذا كان الخطأ قد وقع من القاضى لعدم خضوعه فى نشاطه للقواعد القانونية المفروضة عليه ، كان خطأ فى القانون الشكلى ، أما إذا كان القاضى فى نطاق هذا النشاط قد طبق أو فسر القانون بطريقة خاطئة ، كان خطأ فى القانون الموضوعى دون أهيمة لما إذا كان هذا القانون فى طبيعته شكليا أو موضوعيا[2]

فالخطأ فى القانون الموضوعى ، هو كل خطأ يقع من القاضى فى إعطائه للحل فى مسألة قانونية ــ موضوعية أو إجرائية ــ فى الحكم[3] . اذ هنا تلقى القاعدة القانونية ــ الموضوعية أو الاجرائية ــ من القاضى تطبيقا أو تفسيرا خاطئا فى الحكم[4] أما الخطأ فى القانون الشكلى فهو عيب فى نشاط القاضى

(١) انظر :

MARTY, op. cit., p. 21
MARTIN, op. cit., p. 15

(٢) انظر :

MARTY, op. cit. p. 20 et 21
MARTIN, op. cit. p. 15

(٣) ، (٤) انظر :

PETER NEU, op cit., p. 174
MOREL, Traité élémentaire de droit civile, 2 éd. Paris 1949. p. 509

وقارب فى الفقه المصرى فتحى سرور : ويرى التفرقة بين العمل الذى يباشره القاضى كشخص اجرائى عليه احترام القواعد الاجرائية ، والعمل الذى يباشره القاضى بوصفه قاضيا يفصل فى نزاع اجرائى أو عقابى ، فالخطأ فى الأول يكون « بطلانا » والخطأ فى الثانية يكون « مخالفة للقانون » الوسيط ص ٩٨٣ ، ٩٢٣

لعدم خطوعه للقواعد التى يلتزم بها لفحص الدعوى والقضاء فيها[1] .. إذ هنا يكون القاضى قد تصرف خارج الحدود التى رسمها له القانون[2]

وتتفق مخالفة القانون الموضوعى ومخالفة القانون الشكلى فى أن كليهما « مخالفة للقانون » أى يتحدان فى الطبيعة . لكنهما يتميزان فى أن الخطأ فى القانون الشكلى قابل لأن يتحقق فى أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، فهو مرتبط بتصرفات القاضى أو بنشاطه الظاهر كشخص إجرائى ، وهو نشاط ممتد منذ اتصال الدعوى به حتى تمام اخراج الحكم — أى إلى إجراءات النطق به وتوقيعه وتحرير نسخته الأصلية — ومستوعب لسائر الاجراءات التى يتأسس الحكم عليها أو فى ظلها . أما الخطأ فى القانون الموضوعى ، فانه لا يقع الا فى قضاء القاضى ، لأنه مرتبط بنشاطه النفسى فلا يقع الا فى عملية الاستدلال القضائى أو التقدير القانونى . ويترتب على هذا الفارق — ارتباط الخطأ الشكلى بتصرفات القاضى ، والخطأ الموضوعى بقضائه — أن الخطأ الشكلى لا يؤثر فى مضمون الحكم على عكس الخطأ الموضوعى الذى ينعكس مباشرة على مضمون الحكم وليس له وجود مستقل عنه[3] . وأخيرا فان الخطأ فى القانون الشكلى لا يؤثر فى غير الدعوى التى صدر فيها ، وليس له تأثير حقيقى على وحدة القضاء ، أما الخطأ فى القانون الموضوعى فهو قابل لأن يؤثر فى غير الدعوى التى صدر فيها

---

(١) ، (٢) انظر :

MARTY, op. cit.
MARIN, op. cit. p. 14

(٣) انظر :

WINKEL, op. cit. p. 142
MARTY, op. cit. p. 90 et 98
MARTIN, op. cit, p. 14

وللأول تعبير النشاط الظاهر :

l'activité extèrier.

والنشاط النفسى

l'activité paychologlque

وقد يغير مجرى تفسير القانون[1] .

وليس لهذه التفرقة فى فرنسا ، أهمية تذكر ويستبعدها الفقه دائما من أبحاثه باعتبار أن النقض لمخالفة القانون الشكلى أو الموضوعى يخضع لذات القواعد[2] . لكنها تحتل فى ألمانيا أهمية قصوى ، نظرا لمبدأ حرية المحكمة العليا فى الرقابة على أخطاء القانون الموضوعى ، والذى يعطى للمحكمة من تلقاء نفسها إثارة سائر الأخطاء المتعلقة به ، على عكس أخطاء القانون الشكلى حيث تتقيد تلك المحكمة بالأوجه التى تمسك بها الطاعن عدا ما تعلق بالنظام العام[3] .

أما فى مصر فقد أصبح لهذه التفرقة أهمية بالغة بسبب المادة ٣٥ من قانون النقض والتى قررت حرية محكمة النقض فى الرقابة فيما يتعلق بمخالفات القانون الموضوعى ، وحددت على سبيل الحصر المخالفات المتعلقة بالقانون الشكلى[4] ، وكذلك المادة ٣٩ ، التى أرست مبدأ النقض دون إحالة بالنسبة للخطأ فى القانون الموضوعى .

---

(١) انظر :

MARTIN, or cit., p. 14

(٢) انظر :

MOREL, p. 5(9

وقارن :

Marty 19 et s et 89 et s.

ويرى ان رقابة محكمة النقض فى حالة الخطأ فى القانون الموضوعى تكون اوسع

(٣) انظر :

RIGAUX, op. cit., p. 21

PETER NEU, op. cit., p. 168 et 174 et s.

(٤) نقصد بمبدأ حرية محكمة النقض فى الرقابة ، ان محكمة النقض لا تتقيد فى فحصها للطعن بالأوجه التى تقدم بها الطاعن . على اساس ان تلك المادة قد قررت بذلك اعتبار اخطاء القانون الموضوعى كلها من النظام العام . اما فيما يتعلق بأخطأ القانون الشكلي ، فان المبدأ هو تقيد المحكمة بالاوجه التى تقدم بها الطاعن عدا ما تعلق منها بالنظام العام على ما قررته نفس المادة .

(٧٦) وقد عبر المشرع المصرى عن فكرة « مخالفة القانون » كسبب للنقض فى حصر حالاته فى ثلاث :

١ – إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون أو على خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله .

٢ – إذا وقع بطلان فى الحكم .

٣ – اذا وقع فى الاجراءات بطلان أثر فى الحكم .

وعلى هذا الأساس فإن المشرع المصرى قد قسم « سبب » النقض الى « مخالفة للقانون » و « بطلان » سواء فى الحكم أو فى الاجراءات المؤدية اليه[١]، [٢]

(١) وهذا ما جرى عليه الفقه المصرى — رؤوف عبيد ، ص ٧٧٧ وما بعدها — فتحى سرور ص ٩١٢ وما بعدها — محمود مصطفى ، ص ٦٢٥ وما بعدها — العرابى س ٢٥١ وما بعدها

(٢) استقر الفقه الفرنسى كله على اعتبار التعداد التشريعى لحالات الطعن بالنقض هناك جاء على سبيل المثال لا الحصر ، وان هذا التعداد يجتمع كله فى « مخالفة القانون » كسبب وحيد .

انظر ٥٩١ ق.أ.ج فرنسى ، والتى أعلنت أن الحكم الذى اكتسى بالشكل المشار اليه فى القانون لا يمكن نقضه الا لمخالفة القانون

violation de la loi

م ٥٩٢ : والتى أعلنت بطلان الحكم الذى لم تمثل فيه النيابة ، أو إذا كان صادرا من غير عدد القضاة المشارة اليهم فى القانون ، أو من قضاة لم يحضروا جميع الجلسات

م ٥٩٣ : والتى أعلنت بطلان الحكم الذى لم يتضمن أسبابا أو تضمن أسبابا قاصرة لا تسمح لمحكمة النقض بمراقبة صحة تطبيق القانون . أو الذى اغفل أو اهمل القضاء .

انظر على سبيل المثال :

CHENON, op. cit. p. 132

PAYE, op. cit., p. 129

MARTY, op. cit, p. 83

L'DAMOUR - Des voies de recours extraordinaires, J.C.P., 1959. 1. 1494

وابتداء ، فإننا نرفض التسليم « بالبطلان » كسبب للنقض ، فالبطلان ليس « عيبا » يصيب الحكم ولا مخالفة لأحكام القانون ، وإنما هو « الجزاء » القانونى للعيب الحقيقى الذى شاب الحكم وهو مخالفة القانون والذى فيه وحده ينحصر سبب الطعن بالنقض ، وقابلية الحكم الذى خولفت فيه القواعد الاجرائية التى يترتب على اغفالها البطلان ، لا تجد أسبابها فى بطلانه أو فى بطلان تلك الاجراءات ، وإنما فى « المخالفة » ذاتها . ورفضنا لهذا التسليم ، إنما هو رفض للخلط بين السبب والنتيجة .

وحتى لو تصورنا أن المقصود بالبطلان ، هو النطاق الذى يرد عليه ــ أحكام القانون المتعلقة بأى أجراء جوهرى ــ لا البطلان فى ذاته ، حتى لو تصورنا ذلك فإننا نرفض التسليم كذلك ، لأن فى قبوله فصلا فيما لا يجوز الفصل فيه « فمخالفة القانون » كما تستوعب سائر مخالفات القانون الموضوعى تستوعب بلا أدنى شك مخالفة أحكام القانون المتعلقة بأى اجراء جوهرى ، وعلى هذا يستقر الفقه فى فرنسا .

ولقد يقال ، إن استخدام « البطلان » مقصود ، إذ معلوم أن البطلان لا يترتب الا على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بالاجراءات الجوهرية فقط ، وان الاستخدام التشريعى لها والجريان الفقهى عليها يتوجه لاستبعاد مخالفات أحكام القانون المتعلقة بالاجراءات غير الجوهرية ، كسبب للطعن بالنقض . والواقع أن هذا الاستبعاد لم يكن بحاجة لاستخدام فكرة البطلان ، لأن مخالفة قواعد القانون المتعلقة بالاجراءات غير الجوهرية وإن كانت ــ برغم عدم ترتيب البطلان عليها ــ « مخالفة للقانون » . إلا أن التمسك بها كوجه للطعن بالنقض لا يقبل لأن تلك المخالفة ، لعدم تعلقها بالنظام العام ولا بمصلحة الخصوم لا يمكن أن تؤثر لا فى الحكم ولا فى الاجراءات التى تأسس عليها أو فى ظلها وبالتالى لا يمكن أن تخلف وراءها « مصلحة » لخصم ما . لكن ما يفهم من المادة ٣٠ من قانون النقض ، هو أن المشرع على أى حال « قد حصر أسباب الطعن بالنقض » فى « مخالفة القانون » الموضوعى أو الشكلى ، وبهذا يكون من

المحظور على محكمة النقض أن تتعرض لأخطاء الواقع المتخلفة عن نشاط قاضى الموضوع فى الحكم . لكنه من ناحية أخرى لم يجعل من كل مخالفة للقانون سببا للنقض .

فتعتبر سائر أخطاء القانون الموضوعى بوجه عام ، سببا للنقض ـــ عدا ما سوف تحمله نظرية العقوبة المبررة من استثناءات ـــ أما فيما يتعلق بالمخالفات المتعلقة بالقانون الشكلى فلا يعتبر منها سببا للنقض الا ما تعلق بقواعد القانون المتعلقة بإجراء جوهرى أثر فى الحكم ، وبهذا استبعد من نطاق المخالفات المتعلقة بالقانون الشكلى :

١ – المخالفات الناتجة عن عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بإجراء غير جوهرى (م ٣٠ ، ٣٣١ ق.أ.ج . مصرى) .

٢ – المخالفات الناتجة عن عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة باجراء جوهرى لكنها لم تؤثر فى الحكم (م ٣٠)

فأما بالنسبة للقانون الموضوعى فقد حددت المادة ٣٠ الصور التى يتخذها الخطأ الواقع فى هذا القانون فى ثلاث ، الخطأ فى القانون ، الخطأ فى تطبيقه ، الخطأ فى تأويله وقد أنكر جماعة الفقه على المشرع ـــ بحق ـــ تلك التفرقة الغريبة ، وأعلنت كفاية فكرة الخطأ فى القانون لتشمل الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله[١] . بإعتبارهما صورتين للخطأ فى القانون ، إلا أن نفراً منهم قد حاول أن يجارى المشرع فى تقسيمه فقرر أن مخالفة القانون تعنى ترك العمل بنص قانونى لا يحتمل التأويل ولا خلاف فى وجوب الأخذ به . أما الخطأ فى تطبيق القانون فهو أعمال نص قانونى لا ينطبق على النزاع . وأما الخطأ فى تأويل القانون فهو إعطاء

(١) محمود مصطفى ص ٦٢٦ ـــ المرصفاوى ص ٩٨١ ، ٩٨٢ ـــ رؤوف عبيد ص ٧٧٧ ـــ على زكى العرابى ص ٢٥٢

النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح[1] . والواقع أن مخالفة القانون هى الصورة الوحيدة للخطأ فى القانون ، وأما صياغة المشرع فليست سوى نوع من السرد التحوطى المرفوض ، وأنه يكفى لرفض الرأى الذى نناقشه بأن نظهر بأن أعمال نص قانونى لا ينطبق على النزاع أى الخطأ فى تطبيق القانون ليس الا تركا للعمل بنص قانونى لا يحتمل التأويل ولا خلاف على وجوب الأخذ به[2] أى مخالفة للقانون . ولو كان النص الواجب التطبيق هو البراءة[3] أعنى الوجه السلبى لقاعدة الشرعية . أما الخطأ فى تأويل القانون ، أى اعطاء النص الواجب تطبيقه معنى غير معناه الصحيح فهو ترك للعمل بهذا النص ، ترك للعمل بمعناه . مخالفة للقانون .

وبهذا يتضح أن المشرع المصرى لم يوفق فى صياغته للحالة الأولى . إذا كان حسبه أن يقف عند « مخالفة القانون » وحدها . وفضلا عن ذلك قد كان ينبغى أن تخصص هذه المخالفة بالقانون الموضوعى، لأن مخالفة القانون مجردة تتسع لتشمل ، كما أثبتنا من قبل ، مخالفات القانون الشكلى.

أما بالنسبة للقانون الشكلى ، فان جماعة الحالتين ٢ ، ٣ المنصوص عليهما فى المادتين ٣٠ مع المبدأ الذى قررته المادة ٣٣١ من ق.أ.ج. يقصر سبب النقض فيما يتعلق بمخالفات القانون الشكلى على ما يتخلف من عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بإجراء جوهرى أثر فى الحكم[4] .

ويكون الاجراء جوهريا ، إذا كانت الغاية منه هى المحافظة على المصلحة العامة

(١) فتحى سرور ، الوسيط ، ص ٩٩٥

(٢) وهو استطراد لا نوافق عليه ، فليس ثمة نص قانونى هناك خلاف على وجوب الأخذ به

(٣) وهو مبدأ الشرعية ، فالتجريم فى القانون الجنائى يتأسس على نظام الفراغات والنقط ، كل نقطة تساوى جريمة وما بين النقط من فراغات هو سلوك مباح.

(٤) انظر : عرضا لموقف محكمة النقض من مخالفات الشكل كسبب للنقض فى :

MARTZ, op. cit, op. 206 et s.

CHAVANCE, op. cit, p. 102 et s.

فى تحقيق العدالة أو على مصلحة الخصوم وخصوصا ما تعلق بحقهم فى الدفاع[1] . وعلى هذا فإن مخالفة القواعد المتعلقة بالإجراءات غير الجوهرية ــ سواء فى الحكم أو فى الاجراءات المؤدية اليه ــ لا تصلح سببا للنقض ، وقد أثبتنا من قبل أن أحدا لا يمكن أن يمارى فى أن مخالفة هذه الاجراءات ــ برغم عدم ترتب البطلان عليها ــ تعتبر مخالفة للقانون ، لكن هذه المخالفة فى نفس الوقت ما كانت لتقبل كسبب للنقض ، لاستحالة أن تتخلف عن مخالفتها « مصلحة » لخصم ما[2] الأمر الذى يرد ما كان يمكن أن يكون لاستخدام « البطلان » من فائدة فى التضييق من أسباب النقض لمخالفة القانون الشكلى .

لكنه يشترط فوق ذلك أن تكون المخالفة قد أثرت فى الحكم .

وبديهى ، أن عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بصحة إصدار الحكم ، أو صحة تحرير نسخته الأصلية ، تؤثر فى الحكم لأنها تقع فيه مباشرة ، وهذا ما عبر عنه المشرع بقوله إذا « وقع بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم » وبعيد أن يكون قصد المشرع بهذا « التأثير » هو « البطلان » . ولو كان ذلك مقصده لاكتفى بالحالة الثانية « بطلان وقع فى الحكم » . والواقع أننا لم نعثر على أى مخالفة لأحكام القانون المتعلقة بإجراء جوهرى ، أى على بطلان فى الاجراءات ،

---

(١) انظر : محمود مصطفى ص ٣٦ ــ فتحى سرور ، الوسيط ، ص ٣٧٢ وما بعدها ــ نقض ١٤ يونيه ١٩٥٢ مجموعة الاحكام ص ٣ ق ٤١٣ ص ١١٥٣ ــ ويرفض المرصفاوى ما يسمى بالاجراءات غير الجوهرية التى لا يقصد بها غير الارشاد .

فالاجراءات الجنائية كلها شرعت إما فى مصلحة المجتمع ، وإما فى مصلحة الخصوم ، أما الأول فى الاجراءات التى لو نظرنا اليها مجردة لكان فيها منحا لسلطان جهة معينة ، وأى مخالفة لهذه الاجراءات « تعدم الاجراء » ، ويجوز التمسك به فى اى مرحلة كانت عليها الدعوى وتثيره محكمة النقض من تلقاء نفسها . وأما المرحلة الثانية فهى الاجراءات التى لو نظر اليها فى ذاتها لكانت تنظيما لكيفية ممارسة تلك الجهات لسلطاتها ، ومخالفة تلك الاجراات ، هى بطلان فى مصلحة الخصوم له طابع الحق الشخصى ، المرصفاوى ص ٨٨٢ وما بعدها . وهذه النظرة تؤكد فساد استخدام نظرية البطلان للتعبير عن اسباب النقض.

(٢) انظر م ٣١٢ ق.أ.ج ، ونقض ١٩٥٢/٥/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٥ ق ٣٥٢ ص ٩٤٤ . بشأن تحرير الحكم بأسبابه كاملا فى خلال ثمانية ايام بقدر الامكان .

يمكن أن يكون له « تأثير » مستقل عن الحكم ذاته . ولعل هذا هو السبب فى أحجام الفقه إلا من ندر[1] عن التعليق على تلك الفترة — بطلان فى الاجراءات أثر فى الحكم — على أساس أن كل بطلان فى الاجراءات — مادام لم يتناوله التصحيح بإعادة الاجراء مثلا — مؤثر لا بد فى الحكم الصادر . وأغلب الظن أن المشرع كان يقصد بهذا التحفظ — وهو التأثير فى الحكم — أن يستبعد من أسباب الطعن بالنقض مخالفة القواعد المتعلقة بالاجراءات التى قد يستخدمها القضاء توصلا الى الأدلة ، إذا وقعت هذه الاجراءات باطلة طالما أن القاضى لم يعتمد على تلك الأدلة فى حكمه ، كبطلان القبض أو التفتيش ، أو الاعتراف ، وكذلك المخالفات المتعلقة بالقواعد الاجرائية التى ينبغى سريان التحقيق النهائى ، فى ظلها كشفهية المرافعات ومباشرة الاجراءات فى حضور الخصوم[2] .

والواقع أن استبعاد هذه المخالفة لم يكن بحاجة الى هذا الجهد من المشرع .

لأن طرح القاضى الدليل المستمد من الاجراء الباطل ، أو الناتج فى ظله ، هذا « الطرح » كاف فى حد ذاته لعدم قبول التمسك بهذه المخالفة كسبب للنقض لإنعدام المصلحة ، أما إذا استند القاضى فى حكمه الى هذا الدليل ، برغم تخلفه عن إجراء باطل أو حصوله فى ظل إجراءات باطلة ، فإن حكمه يكون « مخالفا للقانون » — وهذا هو التأثير الحقيقى — لا باطلا ، كما يرى البعض[3] . لأن بطلان هذا الاجراء يبطله ويبطل معه سائر الآثار المترتبة عليه مباشرة — م ٢٦٦ ق.أ.ج. — أى النتائج القانونية المتخلفة منه فيما لو وقع صحيحا ، وهو « الدليل » دون أن تكون له — بطبيعة الحال — صلاحية الامتداد إلى سواه من الاجراءات الأخرى ولو كانت مترتبة على الإجراء الباطل .

(١) فتحى سرور ، الوسيط ص ١٠١٧ وما بعدها . ولم يذكر مثالا واحدا لاجراء جوهرى يمكن أن يكون له تأثير مستقل عن الحكم ذاته ، الا فى مصادر الادلة . وهو ما ناقشناه فى المتن .

(٢) يشترط الا يصحح هذا الاجراء بطبيعة الحال . فسماع شاهد أو جريان المعاينة فى غير حضور المتهم يبطل الدليل المستمد من هذا الاجراء ما لم تتح له فرصة المناقشة والدفاع فتتحقق الغاية من الحضور .

(٣) فتحى سرور ، الوسيط ص ١٠١٨

وعلى هذا الأساس فإن مثل هذا الحكم يكون مخالفا للقانون لاستقامته دون دليل[1] ، وتجرى عليه نظرية العقوبة المبررة — عند من يسلمون بها — فى حالة تعدد الأدلة .

وعلى ذلك كله ، فإن المشرع قد كان يكفيه أن يستغنى عن ذكر الحالتين ٢ ، ٣ من المادة ٣٠ بعبارة « عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بالاجراءات » أو « مخالفات القانون الشكلى » ، ومفهوم أن نظرية المصلحة كفيلة بأن تستبعد من تلقاء نفسها ، المخالفات المتعلقة بالاجراءات غير الجوهرية ، وأن تلك الاجراءات هى وحدها التى يكون لها وجود أو تأثير مستقل عن الحكم ذاته .

وبعد ، فيمكن أن نحدد سبب الطعن بالنقض فى « مخالفة القانون » وتنقسم الى :

* مخالفة القانون الموضوعى ، وتشمل كل خطأ فى قانونية التقدير الذى بذله قاضى الموضوع فى الحكم فى تطبيقه أو تفسيره لقاعدة جنائية .

* مخالفة القانون الشكلى ، وهى كل مخالفة للقواعد التى ترسم الحدود التى يمارس قاضى الموضوع على أساسها أو فى ظلها هذا التقدير ، وهذه لا تكون إلا القواعد الجوهرية .

(٧٧) ومخالفة القانون كسبب للنقض ، تأخذ صورة الخطأ فى التطبيق أو الخطأ فى التفسير .

(١) ويجرى تعبير محكمة النقض فى هذه الحالة على القول ... بأن الحكم يكون معيبا ، انظر . نقض ١٩٥٧/١٠/٨ مجموعة أحكام النقض س ٨ ق ٢٠٥ ص ٧٦٥ — نقض ١٩٦٢/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ١٣ ق ١٩١ ص ٧٨٥

وانظر المذكرة الايضاحية للمادة ٣٦٦ « تناولت المادة ٣٢٥ (٣٣٦) مدى البطلان إذا ما حكم به فنصت على أن البطلان فى هذه الحالة لا يتناول إلا الاجراء المطعون فيه والاثار المترتبه عليه مباشرة . فاذا لحق اجراء التفتيش عيب يبطله قضى ببطلانه وبطلان الدليل المستمد منه فقط .

والخطأ فى تطبيق القانون ، هو امتناع القاضى عن تطبيق القاعدة القانونية التى تحكم التقدير أو تضع الحد عن جهل أو انكار . ويرتكب قاضى الموضوع هذه الصورة إذا لم يطبق ، أو لم يخضع لقاعدة قانونية واجبة التطبيق جهلا منه بوجودها أو بنفاذها لاعتقاده بعدم وجودها أساسا ، أو لاعتقاده بأن نفاذه — برغم علمه بوجودها — لم يبدأ بعد ، أو لأنه قد انتهى على خلاف الواقع . ونفس الأمر فى الصورة العكسية ، حيث يلتزم فى تقديره أو يخضع فى نشاطه لقاعدة قانونية غير واجبة التطبيق جهلا منه بعدم وجودها ، أو بالغائها أو بأن نفاذها لم يبدأ بعد . وفى جميع الأحوال ، فإن هذه المخالفة قد تكون كلية كما قد تكون جزئية ، كما أن القاضى لا يتنازع مع مضمون القاعدة ، أى يفهم المعنى المجرد فيها فهما صحيحا[1] . لكن الخطأ قد يكون عن انكار ، حيث يتنازع القاضى مع القانون ، فيفهم مضمونه الحقيقى ، لكنه يرفض تطبيقه أو الخضوع له ، وغالبا ما تتحقق تلك المخالفات فى الحالات السياسية القلقة وبصدد الجرائم السياسية . ولا شك أن مثل تلك المخالفة تشكل خطأ فى تطبيق القانون ، مهما توافقت مبررات القاضى مع العدالة أو مصلحة الجماعة[2] .

الخطأ فى تطبيق القانون إذن تجاف مع القاعدة الموضوعية أو الاجرائية الواجبة التطبيق ، فهو مخالفة شكلية formelle — إن جاز هذا التعبير — للقاعدة الواجبة التطبيق .

أما الخطأ فى تفسير القانون ، فيتحقق حيث يمسك القاضى إمساكا صحيحا بالقاعدة الواجبة التطبيق ويرغب فى تطبيقها ، لكنه يخطىء فى تحديد مفهومها المجرد فيعطيها معنى غير معناها الحقيقى . والخطأ فى التفسير ليس إلا مخالفة للقانون عن طريق عدم تطبيق معناه .

---

(١) انظر :

PETER NEU, op. cit., p. 266

(٢) انظر :

GRASSERIE, op. cit, p. 16

مخالفة القانون تتخذ إذن صورة الخطأ فى التطبيق ، إذا تمثلت فى عدم تطبيق « نص » القاعدة وتتخذ صورة الخطأ فى التفسير اذا اتخذت صورة عدم تطبيق « معناها » وواضح أن الخلاف بين الصورتين ليس الا خلافا فى درجة المخالفة لا فى طبيعتها[1] .

(١) انظر :

PETER NEU , op. cit. p. 263
WINKEL op., cit, p. 143
CHAVANCE op. cit, p. 115

ويقرر الأخير أن الخطأ فى التفسير يكون إذا لم يعط القاضى للنص معناه الحقيقى وحين يستخرج منه نتائج لا تتضمنه . والخطأ فى التطبيق يكون حين يطبق القاضى النص على حالة غريبة عنه أو يرفض تطبيقه على الحالة التى كان النص لمواجهتها .

الفصـــل الســـادس

التضييق من نـــطاق الخـــطأ فى القانون

أو العقـوبة المـــبررة

(٧٨) وضع المشكلة
(٧٩) الاساس الشرعى للعقوبة المبررة
(٨٠) التوسع فى تطبيقات العقوبة المبررة
(٨١) تقدير العقوبة المبررة على ضوء النصوص القانونية
(٨٢) تقدير العقوبة المبررة على ضوء فكرة المصلحة من الطعن .
(٨٣) تقدير العقوبة المبررة على ضوء النفعية الاجتماعية فى سرعة التجريم
(٨٤) تقدير عام

(٧٨) من المؤكد أن مهمة محكمة النقض هى رقابة شرعية الحكم ، أى التطبيق السليم للقانون فيه ، وهذا يعنى أن عليها نقض الحكم الصادر بالأدانة والمتضمن « خطأ فى القانون » فى المعنى الذى حددناه . ولكن محكمة النقض الفرنسية ، قد استقالت على الاقل جزئيا ، منذ ما يقرب من قرنين من مهمتها تلك والتفتت عن بعض « أخطاء القانون » فيما ابتدعته من مبدأ لها ، صار شهيرا « بنظرية العقوبة المبررة » . وبمقتضاه استبعدت المحكمة ، النقض فى كل مرة تدخل فيها العقوبة الصادرة بناء على « خطأ فى القانون » أيا كان ، من حيث طبيعتها ومقدارها فيما بين الحد الأقصى والأدنى للعقوبة التى كان ينبغى تطبيقها لو لم يقع هذا الخطأ .

وقد كان هذا البناء القيصرى الغريب محلا لهجوم جاد وصل أحيانا — لجرأة هذا البناء — الى حد العصبية — لكن محكمة النقض الفرنسية — وبرغم ندرة المؤيدين — تشددت فى إصرار فى المحافظة على مبدئها . حتى يئس الفقه أو كاد عن حملها عن العدول عن هذا المبدأ الغريب . وقد مارس هذا البناء تأثيره على محكمة النقض المصرية فتبنته فى ظل قانون ت.ج. دون نص ، حتى جاء قانون الاجراءات الجنائية مقررا — فى خفة — شرعية هذا البناء ، ومتهما — بالخطأ — المشرعين الفرنسى والبلجيكى — كما جاء فى المذكرة الايضاحية للمادة ٤٣٣ من المشروع — باعتناق ذلك البناء ، واستخدم — من سوء الحظ — صياغة لا يمكن أن ترد مقصده فيها الى الحدود التى ينبغى أن تحترم فيها شرعية التجريم ، من جهة ، أو أن نرد بها محكمة النقض من جهة أخرى الى القيام بدورها الوحيد ، وهو رقابة شرعية الحكم[1] .

وفى الحق ، فان هذا البناء القضائى قد لقى ظهوره الأول فيما قبل صدور ق.ت.ح. الفرنسى وبالتحديد فى ظل تشريعات 3 Brumaire en 1v حيث كانت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض ترفض الطعن طالما كانت العقوبة الصادرة تستند على أساس قانونى أيا كان الخطأ الواقع : فقد أعلنت فى 27 Ventose an X1 انه بصرف النظر عن الجريمتين المشار اليهما فى الحكم ، فان ثمة جرائم اخرى تبرر العقوبة الصادرة[2] . وقد كان هذا القضاء تعبيرا عن « مبدأ العقوبة المبررة » وكان فى حقيقته مجردا من أى أساس قانونى منبعثا من الرغبة فى تحقيق الامن الاجتماعى المزعزع آنذاك بسبب العديد من أحداث الشعب وقطع الطرق والذى

---

(١) تنص م ٤٠ ق.أ.ج.م : اذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ فى القانون أو اذا وقع خطأ فى ذكر نصوصه ، فلا يجوز نقض الحكم متى كانت العقوبة المحكوم بها مقررة فى القانون للجريمة وتصحح المحكمة الخطأ الذى وقع . انظر فى نقد صياغة المادة : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ، ص ٤٩ — ٥٣ ، وانظره فى المشكلة بوجه عام ومفصل من ص ٢٦ الى ٣٤٦ . والاستاذ حامد فهمى ، العقوبة المبررة ، مجلة القانون والاقتصاد س ١ يونيو ١٩٣١ ص ٥٤٦ الى ٥٨٧

(٢) انظر :

GARRAUD, Traité, op. cit, p. 365
ADRIEN LALANNE : Théorie de la peine justifiée, Thèse, PARIS, 1922, p. 130 et 133 et p. 131 note 1

المصرى فى المادة ٤٠ ق.أ.ج ... أو إذا وقع خطأ فى ذكر نصوصه ...[1]

(٨٠) لكنه برغم ذلك وبرغم وضوح النص والاجماع الذى يكاد يقوم على تفسيره ، فان محكمة النقض الفرنسية لم تهتم بأن تبحث عن اعتبارات قانونية أصلب لتقيم عليها تلك النظرية ، وانما سارت على ان نظريتها فى العقوبة المبررة أنما هى تطبيق بسيط وخالص للمادتين ٤١١ ، ٤١٤ ق.ت.ج — ٥٩٨ ق.أ.ج. — وتواضعت فى احكامها على صياغة تكاد أن تكون واحدة ... أن المحكمة بالرغم من الخطأ المتمسك به ، تقرر أن للعقوبة أساسا قانونيا وبالتالى مبررة فى معنى المادتين ٤١١ ، ٤١٤ من ق.ت.ج.[2] . والواقع أن معنى المادتين المذكورتين — لسؤ حظ محكمة النقض — من الوضوح والدقة بحيث لا يدع شكا — كما لا تدع الاعمال التحضيرية هى الاخرى أى شك — فى انحصار مضمون المادتين فى « الخطأ فى الاشارة لنص القانون » وهى فى هذا لا تتسع لاستيعاب ما كان القضاء قد سار عليه ، ولهذا لم يقدر المشرع ما كان قد قدره القضاء من ضرورة رفض الطعن لعدم الشرعية[3] ، كما ذكر . ومع ذلك ، انتهت

---

(١) نقض ١٩٧٠/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ١١٠ ص ٤٥٤ — نقض ١٩٧٠/١/١١ مجموعة أحكام النقض ص ٢١ ق ١١ ص ص ٤٩
— رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ص ٢٤

(٢) انظر فى تقرير ما فى المتن وتعزيزه بأحكام القضاء :

Patin, op. cit., p. 9 et s.

قارن : رؤوف عبيد ص ٣٠ ومابعدها حيث يرد العقوبة المبررة الى فكرة المصلحة وحدها . وهذا ما سيكون محل مناقشة مستقلة.

(٣) انظر :

LALANNE, op. cit., p. 133 et s.

وكذلك

p. 20 et 12 et 22 et 139.

ويقرر أن فى توسيع هذه المادة قياس قهرى وتوسيع جرىء وتقويل لما لم يقله المشرع

(p. 140)

تطبيقها ، وتساويها — أو ارتفاعها — عن الحد الأدنى المقرر للعقوبة التى كان ينبغى تطبيقها[1] ، لكن أحدا لم ير أبعد من ذلك .

وفوق هذا التساوى ، ينبغى أن يكون الخطأ الواقع فى الحكم — بصريح النص — فى « الأشارة إلى نص القانون » . وهذا الخطأ لا يتحقق الا فى حالة وحيدة ، هى « الخطأ فى الأحالة » أو فى الاشارة إلى النص لصحيح الذى طبقه القاضى بالفعل على الوقائع . فالقاضى فى مواجهة واقعة « تشكل » جريمة سرقة عليه تطبيق النصوص الخاصة بها . فاذا طبقها بالفعل لكنه وقع — عند تدوينه لنشاطه — فيما يسمى بخطأ القلم أو السهو ، فأشار الى النصوص الخاصة بخيانة الامانة بدلا من النصوص الخاصة بالسرقة والتى طبقها بالفعل . كان خطؤه فى الاشارة الى نص القانون . هذا الخطأ يعتبر فى طبيعته خطأ ماديا محضا . لا علاقة له بعقيدة القاضى التى تشكلت بريئة من كل خطأ[2] .

هذا الخطأ ينصب إذن فى عملية تدوين العقيدة على الأوراق دون أن يصم العقيدة ذاتها . هذا هو مضمون النص الذى انتهزته محكمة النقض الفرنسية . هو فى ذات الوقت التفسير الصحيح لاحـدى الحالتين اللتين نص عليهما المشرع

---

(١) انظر :

MARTIN, op. cit., p, 97

(٢) انظر :

MARTIN, op. cit., p. 97 et 111
LALANNE op. cit., p. 135 et s.
GARRAUD, Traité, op. cit., p. 356
LIRMIN, op. cit. op. 97. et s.
VITU, Tratité op. cit., p. 1194
BOUZAT, Traité, op. cit.; p. 1440
MARCEL GELIN, La peine justifiée, Thèse, Lyon, 1922, p. 67. à 72
MAURICE PATIN, Essai sur la peine justifiée, Dans la Chambre criminelle et sa jurisprudence, 1965, p. 570

وبالتالى رأت أن للعقوبة « أساسا قانونيا » ، ولو وقع قاضى الموضوع فى خطأ فى تحديد الطبيعة الصحيحة لمسئولية المتهم . فاعل ، أم شريك : شريك بالاتفاق ، بالمساعدة ، بالتحريض ، مادامت الوقائع الثابتة تسمح بالتحديد الصحيح لطبيعة هذه المسئولية ، وكذلك لو وقع خطأ فى التكييف القانونى لهذه الوقائع ما دامت تلك الوقائع تسمح باضفاء التكييف الصحيح عليها ، أما فى حالة تعدد الجرائم ، فإن « بقاء احداها » يكون اساسا قانونيا للعقوبة التى كانت قد صدرت لها ولغيرها .

فى هذه الأحوال تكون « الوقائع الثابتة » أساسا قانونيا للعقوبة التى صدرت بناء على تكييفها الخاطىء ، وتكون « الجريمة الباقية » أساسا قانونيا للعقوبة المنطوق بها لها ولغيرها ، ما دامت تدخل فى طبيعتها ومقدارها فيما بين الحد الأقصى والأدنى للعقوبة التى كان ينبغى تطبيقها لو لم يقع هذا الخطأ ، أى تكون مبررة[1] . هذا التفسير الغريب سارت عليه محكمة النقض المصرية فيما قبل صدور ق.أ.ج. ، واعتمده — بكل أسف — المشرع المصرى فى نصه فى المادة ٤٠ ، « إذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ فى القانون ..» . هذه هى فكرة العقوبة المبررة ، وقد تعددت تطبيقاتها :

---

(١) انظر :

Patin, op. cit., p. 9.

وما سيلى ... ويلاحظ ، أن محكمة النقض الفرنسية بعد تردد ، حيث كانت تكتفى برفض الطعن ، أصبحت تثبت الخطأ الواقع فى الحكم وتبين فى حكمها الوصف الصحيح .

انظر فى :

GARRAUD, Traité op. cit., T.V.p. 365
Cass. Crim. 14 Sept. 1755 D. 1. 445
Cass. 16 féve. 1899 B. n 15
23 Juin 1899. B. 177
25 mars 1927. B. 86.

محكمة النقض — فى كلمة — الى رفض الطعون المؤسسة على خطأ أيا كان[1] ، بشرط أن يتوافر فى الحكم المطعون فيه أساس قانونى يبرر النتائج التى تضمنها من وجهة نظر القانون الجنائى[2] .

ولا شك أن « الاساس القانونى » للعقوبة الصادرة ، فى حالة الاشارة الى نص خاطىء متوافر فى الحكم ومتمثل فى التكييف القانونى الصحيح الذى أعطاه قاض الموضوع للوقائع التى أثبت وجودها المادى والمعنوى . وما الخطأ الذى وقع الا خطأ مادى محض سها فيه القاضى عن الاشارة الصحيحة الى النص الذى طبقه بالفعل ، وفقا للقانون . هذا السهو لا يرتب بطبيعته أى ضرر للمحكوم عليه لأنه إنما وقع فى عملية تدوين العقيدة لا تشكيلها ، وبالتالى لا مصلحة له فى التمسك به ما دامت العقوبة الصادرة هى نفسها المقررة فى القانون للتطبيق على الجريمة[3]

نكرر أن الأساس الذى اعتمد عليه القاضى فى تفريد العقوبة ، برىء من كل خطأ .

لكن محكمة النقض الفرنسية ، بتفسير غريب ، رأت أن الأساس القانونى للعقوبة الصادرة ، يتوافر فى « الوقائع الثابتة » فى الحكم لا فى تكييفها القانونى

---

(١) ولو كان الخطأ فى الواقع ، ونعنى أن محكمة النقض لا تسمح باعادة نظر الحكم الحائز لقوة الشيء المقضى فيه إذا كان الخطأ الواقع فيه قد شاب احدى الجرائم التى صدر الحكم بناء عليها فى حالة تعدد الجرائم ، فالعقوبة الصادرة تكون مبررة بالجريمة أو الجرائم الباقية .

Ropert, op. cit, p. 574

Martin, op. cit. p. 99

Note Le Poittevin, D. 1908, p. 17, sous Cas. Crim, 11 mars 1904

(٢) انظر :

PATIN, op. cit., p. 70

(٣) انظر :

PATIN, op. cit., p. 7.

وبالتالى رأت أن للعقوبة « أساسا قانونيا » ، ولو وقع قاضى الموضوع فى خطأ فى تحديد الطبيعة الصحيحة لمسئولية المتهم . فاعل ، أم شريك : شريك بالاتفاق ، بالمساعدة ، بالتحريض ، مادامت الوقائع الثابتة تسمح بالتحديد الصحيح لطبيعة هذه المسئولية ، وكذلك لو وقع خطأ فى التكييف القانونى لهذه الوقائع ما دامت تلك الوقائع تسمح باضفاء التكييف الصحيح عليها ، أما فى حالة تعدد الجرائم ، فإن « بقاء احداها » يكون اساسا قانونيا للعقوبة التى كانت قد صدرت لها ولغيرها .

فى هذه الأحوال تكون « الوقائع الثابتة » أساسا قانونيا للعقوبة التى صدرت بناء على تكييفها الخاطىء ، وتكون « الجريمة الباقية » أساسا قانونيا للعقوبة المنطوق بها لها ولغيرها ، ما دامت تدخل فى طبيعتها ومقدارها فيما بين الحد الأقص والأدنى للعقوبة التى كان ينبغى تطبيقها لو لم يقع هذا الخطأ ، أى تكون مبررة[1] . هذا التفسير الغريب سارت عليه محكمة النقض المصرية فيما قبل صدور ق.أ.ج. ، واعتمده ــ بكل أسف ــ المشرع المصرى فى نصه فى المادة ٤٠ ، « إذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ فى القانون ..» . هذه هى فكرة العقوبة المبررة ، وقد تعددت تطبيقاتها :

---

(١) انظر :

Patin, op. cit., p. 9.

وما سيلى ... ويلاحظ ، أن محكمة النقض الفرنسية بعد تردد ، حيث كانت تكتفى برفض الطعن ، أصبحت تثبت الخطأ الواقع فى الحكم وتبين فى حكمها الوصف الصحيح .

انظر فى :

GARRAUD, Traité op. cit., T.V.p. 365
Cass. Crim. 14 Sept. 1755 D. 1. 445
Cass. 16 féve. 1899 B. n 15
23 Juin 1899. B. 177
25 mars 1927. B. 86.

١- الخطأ فى عنصر من عناصر التكييف القانونى الذى يؤثر فى سلامته :

ويقع هذا الخطأ فى الحالات التى يتضمن التكييف القانونى فيها عنصرا متغيرا أو بالأدق متكاملا مع غيره ، ويحل محله وينتج ذات آثاره القانونية . هذا العنصر كما قد يكون داخلا فى التكييف القانونى للجريمة ذاتها ، قد يدخل فى التكييف القانونى لمسئولية المتهم .

أما الصورة الأولى فمثالها التقليدى « خيانة الأمانة »فطبيعة العقد الذى كان محلا للأمانة ــ وعقود الأمانة محددة على سبيل الحصر لكنها متكاملة تعبتر عنصرا فى التكييف القانونى لهذه الجريمة ، فإذا ما أعلن قاضى الموضوع جريمة خيانة الامانة على أساس عقد الوديعة ولم تجد محكمة النقض فى الاتفاق الارادى عقدا للوديعة ــ كما تصور قاضى الموضوع ــ فان الغاء الحكم لا يكون لازما إذا ما وجدت فى هذا الاتفاق الارادى عناصر عقد الوكالة .[١] .

أما الصورة الثانية فمثالها التقليدى « وسيلة الاشتراك الجنائى » أى طبيعة الوسيلة التى أعلن المتهم شريكا على أساسها ، فإذا كانت هذه الوسيلة منعدمة فان النقض لا يكون لازما إذا وجدت محكمة النقض فى الحكم عناصر وسيلة أخرى للاشتراك[٢] .

---

(١) انظر :

Cass. 29 Nov. 1866 S. 1867. 1. 188.

مقالة حامد فهمى ، ص ٥٦٢ ــ وانظر نقض ١٩٥٨/١/٧ مجموعة أحكام النقض س ٩ ق ٣ ص ١٧ بشأن تطبيق المادة ١٠٣ من ق.ع. « طلب الرشوة لنفسه أو لغيره » . ونقض ١٩٧٢/٦/٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ١٩٨ ص ٨٨٤

(٢) انظر :

Cass. 6 Mars 1963 B. N. 106

حامد فهمى مقالة ص ٥٦٢

وقد أسست محكمة النقض الفرنسية هذا القضاء على « العقوبة المبررة » لأن علة تقرير المادتين ٤١١ ، ٤١٤ ق.ت.ج تتوافر هنا من باب أولى ، فالخطأ لم يقع إلا فى عنصر من عناصر التكييف مع بقاء التكييف ذاته صحيحا خاضعا لذات النص الذى طبقه القاضى[1] . والواقع أن هذا القضاء ، كما سلمت محكمة النقض الفرنسية ذاتها فى أحد أحكامها ، وكما يرى الفقه[3] ، ما كان ليحتاج لأن يتأسس لأعلى المادة ٤١١ ، ٤١٤ ، ولا على نظرية العقوبة المبررة ، لأنه يستقيم مباشرة على انعدام مصلحة المحكوم عليه فى هذا الالغاء ، لأن ضررا ما لايمكن أن يترتب عليه ، أما مصلحة النيابة فى صحة تطبيق القانون فتتحقق بما تجريه المحكمة من تصحيح لهذا الخطأ .

ادخال هذا الخطأ اذن فى نظرية العقوبة المبررة ، اقحام لها من غير داع ، بدليل أن استبعاد هذه النظرية لا يؤدى إلى نقض هذا الحكم .

٢ – الخطأ فى التكييف القانونى :

ويتمثل الخطأ فى التكييف القانونى — باعتبار الاخير هو العلاقة التى تربط الوقائع الثابتة بقواعد القانون الجنائى — فى فشل قاضى الموضوع فى الامساك بالعلاقة الصحيحة التى تربط بين الوقائع والقانون . هذا الفشل ينتهى — بطبيعة الحال — بمنح الوقائع أسما قانونيا خاطئا ، ومعلوم أن المشرع قد ربط بكل اسم

(١) انظر :

Cass. 19 Janv. 1901, op. cit.

(٣) انظر :

Cass. 19 Janv. 1901 S. 1902. 1. 155

وفى الفقه :

GARRAUD. Traité, op. cit., p. 362
LALANNE, op. cit., p. 145
GELIN, op. cit. p. 107 à 109
MARTIN, op. cit., p. 102 et 103
PATIN, op. cit. p. 78

عقوبة محددة تدور بين حد أدنى وحد أقصى . ولفشل قاضى الموضوع فى التكييف القانونى وجهان : الأول ايجابى وهو التقدير الخاطىء الذى أعلنه ، والثانى سلبى وهو التقدير الصحيح الذى أغفله ، ومحكمة النقض لا تستطيع — قانونا — ضبط هذا الفشل بوجهيه الا اذا كانت عناصر التكييف القانونى الصحيح ثابتة فى مدونات الحكم ، لأنها ممنوعة قانونا من الدخول فى الموضوع[1]

وقد التزمت محكمة النقض الفرنسية – حتى بعد صدور ق. ت. ج – حدود التطبيق القانونى السليم وكانت تقضى دائماً بإلغاء الحكم الذى وقع فيه خطأ فى التكييف القانونى بصرف النظر عما إذا كانت العقوبة الصادرة مبررة أم غير مبررة[2] إلى أن صدر حكم ٣٠ مارس ١٨٤٧ للدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية ، والذى قرر أن القضاء العالى سوف يتعوق فى حريته القانونية إذا التزم ضرورة بنقض الحكم الذى استقام على نص قانونى لم يلحظه القضاء[3] ، فانطلق القضاء – من بعد هذا الحكم وعلى أساسه – فى رفض الطعن للخطأ فى التكييف كلما كانت العقوبة المحكوم بها تدخل فيما بين الحدود القصوى والدنيا للعقوبة المنصوص عليها للتكييف الصحيح ، وعلى ذلك استقر قضاؤها .

ولم تهتم المحكمة ببيان السند القانونى الذى استند اليه هذا القضاء ، واكتفت بالاشارة الى المواد ٤١١ ، ٤١٤ من ق.ت.ح والتقرير بأن العقوبة مبررة لتوافر

---

(١):
MARTIN, op. cit, p. 103
PATIN, op. cit., p. 7.

(٢) انظر :
Garraud, Traite, op. cit., T.V., p. 361

وعلى سبيل المثال :
27 janv. 1966. J.C.B. 1966 IV. 33.
Cass. 21 juin 1832. B. 221

(٣) Les Chambres réunies 30 Mars 1847. D. 1847. 1. 168

وفى تأثير هذا الحكم على قضاء الدائرة الجنائية والتوسع فى مجال تطبيق نظرية العقوبة المبررة ، انظر :
ROBERT, op. cit., p. 570 et 571

الأساس القانونى لها فى الوقائع الثابتة[1] . والواقع أن هذا القضاء قد استند الى ما إستندت عليه نظرية العقوبة المبررة نفسها وهو — كما سنرى — غياب مصلحة المحكوم عليه . وهو ذات الأساس الذى سارت عليه النقض المصرية قبل النص على العقوبة المبررة . والذى يظهر فى قولها : « إذا أدانت المحكمة الطاعن بجريمة هتك العرض بالقوة ولم تبين عناصر القوة بيانا كافيا ، وكانت الواقعة تتوافر فيها جميع العناصر القانونية لجريمة الفعل الفاضح المنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ من ق.ع. ، والعقوبة المقضى بها على الطاعن تدخل فى نطاق العقوبة الواردة فى هذه المادة ، فان مصلحة الطاعن من وراء ما يثيره من طعنه ، تكون منتفية[2] .

وقد سارت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك ، فاعتبرت العقوبة مبررة حتى ولو كان الخطأ الواقع فى التكييف من شأنه أن يغير طبيعة الجريمة المعلنة على المحكوم عليه — ومن ثم الاختصاص — وقررت على هذا الاساس أن عقوبة — ٣٠,٠٠٠ فرنكا — الغرامة الصادرة من محكمة الاستئناف التى اعتقدت انها خاضعة للمادة ٣٢٠ من ق.ع. فرنسى والخاصة بجنحة الجرح الخطأ والتى يدور عقابها بين الحبس من خمسة عشر يوما الى سنة والغرامة من ٥٠,٠٠٠ إلى ١,٥٠٠,٠٠٠ فرنكا بينما كانت العقوبة المستحقة أساسا بمقتضى

---

(١) انظر

GARRAUD, op. cit. p. 379
PATIN, op. cit. p. 69 et s.

وعلى سبيل المثال :

Cass. 22 Nov. 1866 D. 67. 1. 143
Cass. 26 Yuil. 1921. D. 1. 142

(٢) انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ... ، ص ٧٦ الى ٩٧ ، وفى القضاء : نقض ١٩٤٨/٥/١٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٥٠ ص ٤٧١ . أما بعد صدور قانون أ.ج. فان المحكمة فى قضاء مستقر تستند الى نص القانون مباشرة . انظر : نقض ١٩٥٤/٤/٥ مجموعة أحكام النقض س ٥ ق ١٥٧ ص ٤٦٣ — نقض ١٩٥٦/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٨٤ ص ٢٧٧ — نقض ١٩٥٦/١٢/٢٣ فى أحكام النقض س ٧ ق ٩٦ ص ٣٢٠ — ١٩٥٦/٦/١١ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٢٣٨ ص ٨٦٥ — نقض ١٩٥٦/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ١٨٩ ص ٦٧٧ — نقض ١٩٧٢/٤/٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ١٢٣ س ٥٥٩

المادة ٤٠ من قانون الطرق — هى الحبس من عشرة أيام الى شهر والغرامة من ٤٠,٠٠٠ إلى ١٠٠,٠٠٠ فرنكا وهى العقوبات المقررة للمخالفات[1] ، قررت على هذا الأساس أن العقوبة الصادرة مبررة . وهو معنى يدخل فى صياغة المادة ٤٠ من ق.أ.ج. المصرى .

والواقع أنه فى هذه الأحوال يصعب علينا أن نستمر فى خلع ذات الاسم على النظرية ، إذا أنها لم تعد فقط العقوبة المبررة ، وإنما أيضا الجريمة المبررة والاختصاص المبرر ، أو نظرية التبرير على الاطلاق .

ولكن الخطأ فى التكييف قد يتخذ صورة أخرى حيث يقع فى تكييف طبيعة مسئولية المتهم . فإذا أخطأ قاضى الموضوع فى تحديد تلك الطبيعة فأعلن المتهم فاعلا على الرغم من كونه فى حقيقة الأمر شريكا ، فان العقوبة فى نظر محكمة النقض — وفى نظر المشرع فى مصر — تكون مبررة لأنها تجد أساسها القانونى على الوصفين . وهو موقف كان طبيعيا أن تتخذه المحكمة لما اتخذته من موقف فى الصورة التى فرغنا من عرضها توا ، باعتبار أن تحديد طبيعة مسئولية المتهم ليس الا صورة خاصة للخطأ فى التكييف[2] .

وقد أسست محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف على المادة ٩٥ من ق.ع . الفرنسى والتى تقابل المادة ٤١ من ق.أ.ج. وفكرة العقوبة المبررة بطبيعة الحال ، فقررت بأن الحكم إذا كان قد انحصر خطؤه فى اعتبار المتهم فاعلا على الرغم من كونه شريكا ، فإن العقوبة تكون مبررة — فى معنى المواد ٤١١ ، ٤١٤ —

---

(١) Cass 28 Mai 1959, D. 1959. 1. 2/7 et note M.R.M.P. 26 Déc. 1961. J.C.P. 1961. 11. 12252.

(٢) انظر :

LALANNE, op. cit., p. 85
GELIN, op. cit. p. 113
GARRAUD, Traité op. cit, T.V.p. 362 et 364

ويكون الطعن مرفوضا طالما أن المادة ٥٩ من ق.ع. تعاقب الشريك بعقاب الفاعل[١] ، وعلى ذلك تسير محكمة النقض المصرية ، وقررت بأنه لا جدوى للطاعن مما يثيره من جدل حول ما يدعيه من خطأ الحكم فى اعتباره فاعلا أصليا لا شريكا فى جريمة القتل العمد مع سبق الاصرار ما دامت عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة التى قضى بها مقرر فى القانون للاشتراك فى الجريمة المذكورة [٢] .

وسوف نرى أن تطبيق — أو تقرير المشرع — لنظرية العقوبة المبررة فى مجال التكييف بنوعية تجاوز فادح .

٣ - الخطأ فى عدد الجرائم :

ويتحقق هذا الفرض فى الحالة التى تكون فيها محاكمة المتهم قد جرت بناء على عدة جرائم ، أعلنها قاضى الموضوع فى حقه ونطق بالعقوبة المقرة فى حالة تعدد الجرائم . فاذا أصيبت واحدة أو أكثر من هذه الجرائم بالخطأ فى القانون الشكلى أو الموضوعى ، سواء أكان هذا الخطأ من شأنه أن يجعل محاكمة المتهم عن هذه الجرائم غير جائزة قانوناً — كبطلان الشكوى أو انعدامها ، أو سبق صدور قرار بألا وجه لاقامة الدعوى فيها وحائز لقوة الشىء المقضى فيه ، أو سبق محاكمة المتهم عنها وصدر حكم حائز لقوة الشىء المقضى فيه ، أو صدور قرار بالعفو أو انقضاء الدعوى بالتقادم — أم كان هذا الخطأ من شأنه أن أعطى الواقعة وصف الجريمة . كالخطأ فى التكييف وباختصار اصيب بخطأ فى القانون أيا كان

(١) انظر :

GLEIN, op. cit., p. 110 à 114
Cass. 19 juill. 1895 : D. 19 00.1, 567
Cass. 5 Juin 1947. J.C.P. 11. 1947. 3930, note J. Magnol, 12 Déc. 1960.
J.C.P. 1951, 11, 12414.

(٢) انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية .... ص ١٠٠ الى ١٠٢ . وفى القضاء نقض ١٩٥٥/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض س ٦ ق ٣٠٠ ص ١٠٠٣ — نقض ١٩٦١/١٠/١٠ مجموعة أحكام النقض ص ٢ ق ١٥٣ ص ٧٨٨ — نقض ١٩٦٩/١٢/٢٢ س ٢٠ ق ٣٠١

فى هذه الأحوال ، لا تلغى محكمة النقض هذا الحكم ، اذا تصادف وكانت العقوبة المحكوم بها تدخل فيما بين الحد الأقصى والأدنى لعقوبة الجريمة — أو الجرائم — الثابتة التى لم يصبها الخطأ . وتكفى هذه الأخيرة ، كأساس قانونى يبرر العقوبة التى كانت قد صدرت لتغطيتها وغيرها[1]

وغنى عن البيان أن القاضى — فى النظامين الفرنسى والمصرى — لا ينطق فى حالة تعدد الجرائم بعقوبة مفرزة لكل منها . وإنما بعقوبة واحدة شاملة لسائر الجرائم التى أعلنها ويتقيد فيها بألا يتجاوز الحد الأقصى المقرر للعقوبة الأشد .

وعلى هذا الأساس رفضت النقض الفرنسية الطعن فى حكم صادر بادانة المتهم بالاشغال الشاقة المؤبدة على أساس القتل والسرقة الموصوفة ، لأن اصابة الجريمة الأخيرة بالخطأ فى القانون ، يبقى للعقوبة الصادرة أساسها القانونى باعتبار أن القتل وحده يمكن العقاب عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة[2] .

(١) انظر :

MARTIN, op. cit. p. 113 et s.
PATIN, op. cit., p. 88.
GELIN, op. cit., p. 71 à 80
LALANNE, op. cit. p. 100
GARRAUD, Traite, op. cit., T.V.p. 357.

— حامد فهمى ، س ٥٧٠ وما بعدها

(٢) انظر :

Cass. 24 juillet 1930. B. 215
12 dec 1834. B. 397.
Cass. 9 sept. 1869. D. 70. 1. 144
Cass. 10 juillet 1931. B. 200
23 juin 1941. B. 148.
Cass. 31 Mai 1941 . B. 194
Cass. 2 février 1958. B. 124
Cass. 25. mars. B. 305
9 Déc. 1929. B. 272
Cass. 3 Mars 1970. B. 84

وفى مصر ، تسير المحكمة على نفس النهج ، وتقرر أنه لا مصلحة للطاعن من التمسك بعدم توافر ركن العلانية فى تهمة الفعل الفاضح المسندة اليه ، مادامت المحكمة قد طبقت المادة ٣٢ من ق.ع. وقضت بمعاقبته بالعقوبة الأشد وهى المقررة لجريمة هتك العرض فى حقه[1] . وبهذا كشفت محكمة النقض المصرية عن الأساس الذى يستقيم عليه هذا القضاء « انعدام مصلحة المحكوم عليه » . وهو ما سوف نثبت التجاوز فيه عند مناقشته .

٤ - الخطأ فى التسبيب :

ذكرنا فيما سبق أن تسبيب الأحكام القضائية مفروض بصفة أساسية لتمكين محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون . وأن هذا التسبيب أو القصور فيه يمنع محكمة النقض عن الوفاء بدورها ومن ثم كان سببا للنقض . لكن محكمة النقض الفرنسية رأت مع ذلك الألتفات عن هذه الأخطاء كلما كانت العقوبة مبررة بالأسباب الصحيحة فلأنه لا يجوز الطعن فى أسباب الحكم استقلالا عن المنطوق ، لا يجوز كذلك الطعن فى المنطوق — مادام صحيحا — بسبب ما أصاب الأسباب من خطأ . مادامت ثوابت الحكم تسمح لها بإعادة تأسيس الوجه الحقيقى للواقعة ومن ثم لا تتعوق رقابتها ، وبالتالى فإن قصور الأسباب أو

---

(١) انظر : رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، من ص ١٠٤ الى ص ١١٨.
وانظر : نقض ١٩٦٣/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ١٣ ص ٦٠ — نقض ١٩٦٣/٣/٥ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٣٣ ص ١٤٨ — نقض ١٩٧١/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ق ٦٢ ص ٢٥٥ — نقض ١٩٧٠/٥/١١ مجموعة أحكام النقض س ٢١ ق ١٦٧ ص ٧٠٧ — ١٩٧٠/٥/٣١ أحكام النقض س ٢١ ق ١٧٩ ص ٧٦٠ — نقض ١٩٧٠/٦/١ أحكام النقض س ٢١ ق ١٨٦ ص ٧٩٨ — نقض ١٩٦٩/١/٦ مجموعة أحكام النقض س ٢ ق ٤ ص ١٧ — ١٩٦٩/٣/١٧ أحكام النقض س ٢٠ ق ٥٩ ص ٢٧١ — نقض ١٩٧٢/٦/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٢١٠ ص ٩٤٠ — ٩٧٢/٢/١٤ النقض ص ٢٣ ق ٤٠ ص ١٦١

تضاربها أو خطأها[1] . لا يشكل سبباً للنقض ما دام منطوق الحكم أى العقوبة الصادرة بصرف النظر عنه مبررة[2] .

وتطبيق تلك النظرية على الخطأ فى التسبيب تعرفه محكمة النقض المصرية من قبل صدور ق.أ.ج وعبرت عن ذلك بقولها « أنه لا يقبل الطعن فى الحكم لصدوره بناء على أسباب قانونية خاطئة ما دام منطوقه قد جاء موافقا للقانون[3] أو فى قولها بعد صدور ق.أ.ج. أنه لا مصلحة فى الطعن على الحكم بسبب قصوره فى بعض أسبابه متى كان الشطر السليم فيها يصلح وحده أن يكون دعامة يستند اليها الحكم[4].

وقد أبدينا من قبل رأينا فى التسبيب . ولا نعتقد أن ثمة مجالا لإدخاله فى نطاق نظرية العقوبة المبررة ، إذ أنه يدور مع قواعد الشكل والغاية منها .

---

(١) ومن رأينا أن التسبيب لأنه لا يعنى سوى تسطير الاقتناع منهجا ومضمونا ، لايمكن أن يصاب الا بالقصور أو الغياب أى الانعدام ، أو العرض الغامض أو القاصر ، أما ما تكشف عنه الاسباب من أخطاء فى القانون أو الواقع ، فلا تنسب الى الاسباب وإنما الى أصلها الاول ، ويرجع ما فى المتن الى الخلط بين اقتناع القاضى والتسبيب

راجع بند ٧١

(٢) انظر فى عرض ذلك وتقريره بالنسبة للنقض الفرنسية

Gelin, op. cit., de 117 à 121

وبالنسبة للنقض المصرية : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ص ٣٤٦ الى ٢٦٣ نقض ١٩٦٧/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض ص ٣٤٢ ص ١١٥٣

(٣) ، (٤) نقض ١٩٤٦/٣/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ١٢٧ ص ٤٤٤ — نقض ١٩٥٦/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض س ٨ ق ٦٠ ص ١٨٩ — وانظر ١٩٥٦/١٠/١ س ٧ ق ٢٦٣ ص ١٩٦٤. وانظر كذلك نقض ١٩٣٣/١١/٢٧ مجموعة عمر جـ ٣ ق ١٦٣ ص ٢١٤ . « لا يطعن على الحكم بمقولة أخذه بشهادة شهود لم يبين موضوع شهادتهم (قصور فى التسبيب » ما دام الحكم يبقى سليما ، حتى مع استبعاد هذه الشهادات وتبقى الأدلة الأخرى كافية لادانة الطاعن » . وانظر كذلك نقض ١٩٤٦/٣/٢٥ المجموعة الرسمية س ٢٧ ق ٩٦ ص ١٧٣ « واذا اعتمد الحكم بالادانة على اعتراف المتهم صراحة بالواقعة أمام ضابط البوليس وعد هذا الاعتراف دليلا قائما بذاته مستقلا عن التفتيش وما أسفر عنه . فان عدم تعرض الحكم للرد على الدفاع ببطلان التفتيش لا يعيبه ما دامت الادانة قد اقيمت على الاعتراف بصفة أصلية » . وانظر فى هذا المعنى : ١٩٥٤/١١/١ مجموعة أحكام النقض س ٦ ق ٥١ ص ١٥١

(٨١) تقدير نظرية العقوبة المبررة :

أولا — النص القانونى :

أ — فـى فرنسـا :

وهو فى المادة ٥٩٨ ق.أ.ج. والتى هى جمع محض للمادتين ٤١١ ، ٤١٤ عن ق.ت.ج . وقد عرضنا فيما سبق للاجماع الذى يكاد على استحالة استقامة تلك النظرية — فى تطبيقاتها القضائية — على ذلك النص . وانحصار مضمونه فى مواجهة الأخطاء المادية المحضة التى قد تحدث فى عملية تدوين العقيدة على الأوراق . أو بالأدق تلك التى لا تؤثر فى الأساس القانونى الذى قدرت على أساسه العقوبة الصادرة . ولا يخل بذلك ما قرره البعض من أن هذا النص لم يقرر سوى حالة — على سبيل المثال — لنص عام — يقصد المصلحة — قابل للانطباق على سائر الفروض المتشابهة مع الحالة التشريعية الواردة فى المادة طالما كانت العقوبتان متطابقتين[١] . لا يخل بذلك ، لأن فيه تسليما بأن النظرية بتطبيقاتها القضائية لا تستند على ذلك النص وإنما على المصلحة . وهو ما سوف يكون محل مواجهة مستقلة . ولعل فى ذلك ما يدفع الى التعجب لجرأة محكمة النقض الفرنسية فى إصرارها على تسنيد تلك النظرية على التطبيق البسيط والخالص للنص المذكور ، والذى يرجع فى نظرنا الى إحساسها بالعلوية .

---

(١) انظر :

Gelin, op. cit., p. 49

وقارب :

Martin, op. cit. p. 98

وفى مصر : رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ص ٣٠ وما بعدها

ب ــ فـى مصـر :

فقد لخصت المذكرة الايضاحية للمادة ٤٤٣ من ق.أ.ج . ــ تقابل المادة ٤٠ من ق. النقض ــ الموقف فى مصر سواء أقبل صدور قانون أ.ج. أم على أساسه بقولها : « كذلك أقرت المادة ٤٦٣ (٤٣٢ من القانون) ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من عدم قبول الطعن كلما كانت الواقعة الجنائية التى أثبت الحكم وقوعها تبرز العقوبة المحكوم بها مهما كان هناك من الخطأ فى وصفها القانونى . وهذه القاعدة تبررها مصلحة العمل وهى مقررة فى التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسى والبلجيكى . وفى هذه الحالة لا تقتصر محكمة النقض على رفض الطعن وانما تصحح الخطأ الذى وقع فى الحكم المطعون فيه وتبين الوصف الصحيح فى منطوق الحكم لكى تعمل النيابة على تنفيذه فى صحيفة سوابق المحكوم عليه وغيرها من الأوارق الرسمية » . وكذلك ما جاء فى تقرير لجنة الشيوخ من أن « هذه المادة تتعلق بالخطأ فى تطبيق القانون أو فى ذكر نصوصه وترمى بوجه عام الى حالة الخطأ فى تطبيق القانون إذا لم ينشأ عنه تغيير فى العقوبة المقررة قانونا . كما إذا كانت العقوبة المحكوم بها فعلاً بناء على الوصف الخطأ للجريمة تدخل فى حدود العقوبة المقررة قانونا للوصف الصحيح . ففى هذه الحالة تصحح المحكمة الوصف ولو لم يترتب على هذا التصحيح تغيير العقوبة » . وجاء النص واضحا فى تقريره الكامل لنظرية العقوبة المبررة كما قررها القضاء » إذا اشتمل أسباب الحكم على خطأ فى القانون ، أو إذا وقع خطأ فى ذكر نصوصه فلا يجوز نقض الحكم متى كانت العقوبة المحكوم بها مقررة فى القانون للجريمة وتصحح المحكمة الخطأ الذى وقع[1]

---

(١) لاشك فى نظرنا ، أن المقصود باشتمال أسباب الحكم على خطأ فى القانون هو إذا اكتشفت أسباب الحكم عن خطأ فى القانون . كما لا شك ان المقصود بالخطأ فى القانون ، الخطأ فى تطبيقه أو تأويله كذلك كما جاء فى المذكرة الايضاحية وتقرير لجنة الشيوخ . ولعل فى ذلك ما يكشف عن الصياغة الرديئة التى اختارها المشرع للمادة ٣٠ من ق.ت.

أما الخطأ فى ذكر نصوصه ، فيقصد به الخطأ المادى فى الاستشهاد بالنص ، على نحو ما كان محل دراسة من قبل ، ولو كان غير ذلك أى لو كان هذا الخطأ « خطأ فى القانون » لما احتاج المشرع الى الاشارة اليه صراحة اكتفاء بما قبله .

وعلى هذا الأساس فان نظرية العقوبة المبررة تستند فى مصر بعد صدور قانون الاجراءات الجنائية الى نص صريح يقررها ، ويقرر ما كانت محكمة النقض المصرية قد سارت عليه قبل صدوره . ولا شك فى أن التقرير التشريعى لها قد استقام على ذات الاعتبارات التى استقام عليها بناؤها القضائى ، وهو كما سنرى ، المصلحة من جهة والنفعية الاجتماعية فى سرعة التجريم من أخرى . وعلى هذا فان مناقشتنا لهذه النظرية إنما نتوجه بها أساسا الى المشرع فى مصر عساه يرتد عما تسرع فى تقديره ليعيد للتجريم شرعيته ويلزم محكمة النقض حدود الوظيفة ومقتضيات الدور الذى تنعدم بتجاهله كل قيمة لها .

فمهمة محكمة النقض ، هى رقابة شرعية الاحكام القضائية ، أى الاشراف على صحة التطبيق القانونى المعمول فيها ، أما آثار هذا التطبيق بما ينطوى عليه من ظلم أو عقم عملى ، فلا شأن لمحكمة النقض به ، لأن مهمتها على جميع احوال هى صحة تطبيق القانون فاذا ما حولت مهمتها الى تقرير النتائج المترتبة على التطبيق الصحيح للقانون ، وبررت العقوبة كلما أعلن الحكم هذه النتائج بصرف النظر عن التطبيق ، فان فى ذلك تجاوزا لدورها لا يأتيها الوفاء به الا بالدخول فى مجال التطبيق القانونى للنص الى مجال التطبيق القضائى له ، أى من مجال التجريد الى مجال التجسيد[1] . وفوق ذلك التجاوز هناك تناقض أولى مع دورها الذى هو أصلا « رقابة صحة تطبيق القانون » وليس « صحة النتائج المترتبة على التطبيق القضائى للنص » لذلك قلنا بأنها استقالت من دورها ـــ واعتمد المشرع المصرى هذه الاستقالة لأننا لا نعتقد أن واحدا من قضاة محكمة النقض يستطيع أن يزعم فى هذه الحالة أنه « يراقب صحة تطبيق القانون »

ولا يقال أن شيوع النقض يقلل من هيبة القضاء ويورث الشك وينشىء التحفظ حول احترام احكام القضاء ، لأن الحق أن الغاء الحكم المشوب بالخطأ

(١) انظر :

LALANNE, op. cit., p. 141
GARRAUD, Traité, op. cit, p. 383

هو الذى يعطى للقضاء هيبة أكثر وعدالة أدعى للاحترام ، وحجة ذلك سلطان على النفوس[1]

(٨٢) ثانيا : المصلحة :

استخلص الفقه فى فرنسا اعتماد محكمة النقض الفرنسية على مبدأ « حيث لا مصلحة فلا دعوى » فى البناء القضائى للعقوبة المبررة من العلة التى كانت وراء الاستثناءات التى وضعتها محكمة النقض على هذه النظرية فى كل حالة يكون فيها الخطأ والواقع ذا طبيعة من شأنها أن يضر بالمحكوم عليه ، وهو ما قررته بشيء من التردد فى حالتى العود والخطأ فى الحد الأقصى للعقوبة كما سنرى[2] . وعلى هذا الأساس رأى البعض أن التوسع القضائى فى تطبيق العقوبة المبررة ينسجم مع الاصل العام غير المكتوب والذى تفرع منه التصريح التشريع الوارد فى المادة ٥٩٨ ق.أ.ج.[3]

أما النقض المصرية — سواء أقبل صدور قانون أ.ج. أم بعده — فهى صريحة فى تطبيقها للنظرية أو فيما تقرره من إستثناءات فى أن حاديها فى ذلك هو

---

(١) انظر :

LALANNE, op., cit, p. 134 et 143

(٢) انظر :

GARRAUD, op. cit. T.V., p.354
MARTIN, op. cit, p. 98 et 109
note Maguol sous Cass. 5 juin 1947, J.C.P. 3930.

— رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ... ، ص ٣٧

(٣) انظر :

GELIN, op. cit. p. 68 à 72 et 25 et 49

وقارن :

LALANNE, op. cit. p 20 à 22.

إذ يرى أن المادة ٤١١ مجرد اجراء استثنائى وارد على سبيل الاستثناء على مبدأ أحقية سائر اخطاء القانون للنقض .

« المصلحة »[1] .

والواقع أن لنا على فكرة « المصلحة » كما يفهمها الفقه والقضاء الجنائى شيئا من التعقيب ، لأن ثمة فارقا ضخما بين الدعوى المدنية والطعن المدنى وامكانية بحث المصلحة فيهما : والدعوى الجنائية والطعن الجنائى واستحالة العثور فيهما على فكرة « المصلحة » على الأقل تتشابه مع الأولى ، كانعكاس ضرورى لطبيعة المصالح والاهداف التى تنشغل بها كل منهما . لذلك فلنا أن نعترض على انتقال فكرة المصلحة كما هى مفهومة فى الواقع الجنائى مهما كان لها من أهمية عملية فى تضييق دائرة الطعون .

فليس هناك من يزعم أن ثمة « مصلحة » ينبغى أن تتوافر لرفع الدعوى الجنائية ، لأن المصلحة فى القانون الجنائى عمل تشريعى محض ، يرتبط بمبدأ الشرعية وبالنص المقرر للجريمة داخلا فيه ومركبا منه . فحين يقرر المشرع الجريمة فى سلوك ما ، فالمصلحة فى رفع الدعوى عنها لا يجوز للقضاء قط مراجعتها من بعده ، أو تعليقها شرطا لقبول الدعوى عنها وإلى جانب ذلك ، فان النيابة العامة ليست خصما لأحد ، ولا تستهدف من تصرفاتها ، بل ليس لوجودها ذاته من علة ـــ سوى « تطبيق القانون الجنائى » ، ولذا استأثرت ـــ كقاعدة عامة ـــ بالحق فى رفع الدعوى الجنائية باعتبارها وسيلتها فى المطالبة بتطبيق هذا القانون ، أو كما عبرت محكمة النقض المصرية فى قضاء سليم نسبيا « من المقرر أن النيابة العامة وهى تمثل الصالح العام وتسمى فى تحقيقات موجبات القانون من جهة الدعوى العمومية ، هى خصم عام تختص بمركز قانونى خاص . يجيز لها أن تطعن فى الحكم وان لم يكن لها كسلطة اتهام مصلحة خاصة فى الطعن . بل كانت المصلحة هى للمحكوم عليه من المتهمين ومصلحة المجتمع تقضى أن تكون الاجراءات فى كل مراحل الدعوى الجنائية صحيحة وأن تبنى الأحكام فيها على

(١) انظر : محمود مصطفى ٦٥٤ وما بعدها ـــ المرصفاوى ١٠٠٨ وما بعدها ـــ فتحى سرور ٨٨٨ وما بعدها . والأحكام المشار اليها عندهم وانظر خصوصا :
رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ، ص ٣٣ و ص ٤٤ وما بعدها .

تطبيق قانونى صحيح خال مما يشوبه من أسباب الخطأ أو البطلان »[1]

وقبل ذلك كله ، فان التطبيق الصحيح للقانون الجنائى ، هو من أخص مهام الدولة ، والدولة وحدها ، والحكم الصحيح قانونا هو الثمرة الوحيدة لهذه المهمة ، والنيابة العامة هى ممثلة الدولة فى مطالبة السلطة القضائية بتطبيق هذا القانون . وقد تنتهى المطالبة بتطبيق هذا القانون الى تمسك النيابة العامة ببراءة المتهم أو على العكس الى التمسك بادانته وما الطعون الجنائية الا المتابعة الضرورية للوصول الى هذا الهدف ، وبالتالى فان مصلحة النيابة العامة تتحدد دائما بتطبيق القانون الجنائى ويستحيل بالتالى الدفع فى مواجهتها بعدم القبول لانعدام المصلحة . فكما لا يجوز محاسبة النيابة العامة على مصلحتها فى رفع الدعوى الجنائية . لا تجوز مساءلتها عن مصلحتها فى الطعن فى الحكم . لأن مصلحة النيابة العامة هى دائما « التطبيق الصحيح للقانون الجنائى » والفائدة التى تترتب على رفع الدعوى أو على الطعن فى الحكم هى دائما تطبيق القانون ، والقول بغير ذلك هو اصرار على اعتبار النيابة العامة خصما بأى ثمن .

وكما نرفض اعتبار النيابة العامة خصما للمتهم ، نرفض كذلك « فكرة تمثيلها له » . والتى تبدو فى قول محكمة النقض المصرية « أن طعن العيابة العامة لا يقبل إذا لم يكن لها ــ كسلطة اتهام ــ مصلحة خاصة فى الطعن ولم يكن كذلك لأى من المحكوم عليهم مصلحة خاصة فى الطعن أخذا بالمبدأ العام »[2] . فمصلحة النيابة العامة هى التطبيق الصحيح للقانون الجنائى دون أن يكون للاثار المترتبة على هذا التطبيق تأثير على تصرفاتها : فكما قد تؤدى مطالبتها بهذا التطبيق الى التمسك بأدانة المتهم قد تتمخض عن الاستمساك على العكس

(١) نقض ١٩٦٠/٤/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ١١ ق ٧٧ ص ٣٨٠ نقض ١٩٧١/١/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ٢٧ ص ٩٨ ــ نقض ١٩٧١/٢/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ق ٤١ ص ١٧١ ــ نقض ١٩٧٢/٦/٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ق ١٩٦ ص ٨٧٣

(٢) نقض ١٩٣٣/٦/١٩ مجموعة عمر جـ ٣ ق ١٤١ ص ١٩٤ ــ نقض ١٩٦٠/٤/٢٦ السابق الاشارة اليه . و ١٩٧١/٢/٢٤ سابق الاشارة اليه .

ببراءته أو قد لا يترتب عليها تغيير فى مراكز المتهم ، لأن مصلحتها تظل على جميع الأحوال التطبيق الصحيح لقواعد القانون الجنائى . غاية الأمر أنه فى الحالة الاخيرة — التى لايترتب فيها على مطالبتها تغيير فى مركز المتهم — قد لا تقتضى مصلحتها الغاء الحكم ، أكتفاء بتصحيحه .

ولا يقال أن الطعن لمصلحة القانون وحده لا يعرفه القانون المصرى[1] . لأن المقصود بالأخير ممارسة نوع من التأديب على أعمال قضاة الموضوع برقابة شرعية الأعمال القضائية بوجه عام ، ومنح محكمة النقض « فرصة أضافية » لرفع الأخطاء القانونية التى اكتسبت بحجية الشىء المقضى فيه ، لوفاء أفعل لمهمتها فى التفسير المنضبط والموحد للقانون . هذا الطعن لا يضع النيابة العامة فى مركز متميز عن ذلك الذى تتخذه فى الطعن العادى فمهمتها فى جميع الأحوال هى المطالبة بالتطبيق الصحيح للقانون الجنائى ، وإنما يعطيها « فرصة استدراكية » للوفاء بذات الدور ، لا أكثر ولا أقل فالطعن لمصلحة القانون لا يتميز قط عن الطعن العادى إلا فى شىء واحد ، هو عدم امكانية إضارة أو انتفاع المحكوم عليه — كقاعدة عامة — منه[2] ، من جهة ومن أخرى فان هذا الطعن

---

(١) أنظر وقارن رؤوف عبيد ، المشكلات العملية س ٧٠ ، ٧١ — فتحى سرور ص ٨٨٦ . ومع ذلك انظره ص ٨٧ س ١ . حيث يقرر : انه رغم اشتراط المصلحة فى الطعن فان النيابة العامة تظل خصما شكليا نظرا الى أنها تمثل المصلحة العامة وقد تطعن لمصلحة المتهم بل انها اذا طعنت ضد المتهم فانه يستوى يصدر الحكم لصالحه فهى لا تهدف فى النهاية الى غير حسن تطبيق القانون .

(٢) انظر على وجه الخصوص

LOUIS BONNECASE : Des pouvoirs en Cassations dans l'intérèt de la loi, et pour excés de pouvoir en matiére civile, Thése TOULOUSE, 1939, p. 16 et s. sp. p. 20 à 23

LIRMIN, op. cit., p. 6 et 7

MARC ANCEL, op. cit. p. 289

VITU, op. cit. p. 1204

BOUZAT, op. cit., p. 1456 et s.

PETTER NEU, op. cit. p. 11 et s.

وجدير بالذكر أن هذا الطعن ينقسم الى نوعين : الطعن لمصلحة القانون بناء على أمر وزير العدل (م —

وهو لا يحظى بالوجود الا فيما يتعلق بالطعن بالنقض ، ويدور مع هذا الطعن فى الهدف الذى تسعى محكمة النقض والطعن بالنقض الى تحقيقه وهو رقابة شرعية الاحكام تحقيقا لوحدة القضاء ، ويقصد به مواصلة السعى نحو الهدف حتى بعد اكتساء الحكم بالحجية . تلك هى مصلحة النيابة العامة ، وعلى أساسها فان عدم قبول طعن النيابة العامة فى حالة الخطأ فى التكييف أو فى عدد الجرائم لأن العقوبة مبررة ، هو انكار لتلك المصلحة لأن مصلحتها هى التطبيق الصحيح للقانون دون نظر لاثار هذا التطبيق . وهو من ناحية أخرى اصرار على اعتبارها خصما للمتهم بأى ثمن ، والسؤال الذى يحتاج الى اجابة هو ما الاساس القانونى لاعتبار النيابة العامة خصما للمتهم أو بالأقل ممثلة له ؟

أما المتهم فان الطعن فى الاحكام ليس فى الأصل من حقه ولا من واجباته ، وما اعترف له به الا كنوع من الارتشاء التشريعى لتنشيط النيابة العامة ورقابتها ، ولهذا لا يجوز أن يضار بطعنه ، ولكونه كذلك يمكن البحث عن مصلحته فى الطعن لاغترابه عن تمثيل المجتمع فى المطالبة بمصلحته فى صحة تطبيق القانون .

= ٦٢٠ ق.أ.ج) . وزير العدل هو الذى يعطى بنفسه الأمر برفع الطعن ويمكن مباشرته فى أية حالة كانت عليها الاجراءات كما يمكن مباشرته حتى ضد أسباب الحكم وحدها ، ويجوز ضد الأعمال القضائية بوجه عام حتى التى لا تتوافر لها صفة الأحكام ، وهذا الطعن وان كان لا يمكن أن يضر بالمحكوم عليه ، الا أنه من الممكن أن يفيده .

— الطعن لمصلحة القانون من المدعى العام (م ٦٢١ ق أ.ج) ، ويتميز عن الأول بأنه لايجوز الا ضد الاحكام الصادرة من اخر درجة ، والتى لم يعد يجوز الطعن فيها بالنقض ، وهو لا يمكن أن يضر بالمحكوم عليه ولا ان يفيده ، وهو منتقد من الفقه لما يؤدى اليه من نتيجة شاذة ، حيث يظل الحكم الذى ألغته اكبر محاكم الدولة لمخالفته للقانون منتجا لكافة اثاره ، وهى نتيجة بالغة الشذوذ فى المواد الجنائية :

ويرى :

Marc Ancel, op. cit., p. 297 , note 1

ان هذا الطعن سمة ونتيجة للنقض بالمعنى الدقيق ، على عكس البلاد التى تجعل من محكمتها العليا مجرد اخر درجة وهو موجود دائما حيث يوجد الطعن العادى بالنقض وقرر ان هذا الطعن استبعده المشرع المصرى لسنة ١٩٣١ عمدا ، لكنه فيما يبدو استبعاد مؤقت .

وتنطلق العقوبة المبررة من مقدمة مقتضاها أن المصلحة فى الغاء الحكم تنتفى طالما كان للعقوبة المحكوم بها أساس قانونى . هذا الأساس هو « الوقائع الثابتة فى الحكم » . فالخطأ فى القانون سواء علق بالتكييف أم تعلق بعدد الجرائم ليس من شأنه أن يضر بالمحكوم عليه لأن العقوبة الصادرة تجد أساسها القانونى فى الوقائع الثابتة . بعبارة أخرى لأن القاضى فى تقديره للعقوبة يرتبط بالجسامة الذاتية للسلوك لا بالتكييف القانونى له ولا بعدد الجرائم ، فان ضررا ما فى تقرير العقوبة لا يلحق بالمحكوم عليه ما دامت الوقائع التى كانت أساسا لهذا التقرير ثابتة بلا نزاع ، وهو ما يجرى عليه العمل وما تؤكده التجارب الشخصية للبعض[1] هذا المعنى هو ما تعلنه محكمة النقض المصرية فى وضوح حيث تقرر بأن « تقدير العقوبة مداره ذات الواقعة الجنائية التى قارفها الجانى لا الوصف القانونى الذى تكيفه المحكمة[2] . فوفقا لهذا النظر فان مصلحة المحكوم عليه لا تتوافر بالدرجة الكافية — لالغاء الحكم واهدار المصلحة الاجتماعية العليا فى سرعة التجريم[3] . هذا من جهة ومن أخرى قدر البعض الاخر أن المصلحة هنا وان

---

(١) انظر :

GARRAUD, Traité, op. cit. T.V. p. 385
note M. R. M. P. dans Cass, 28 Mai 1919, op. cit.
GELIN, op. cit, p. 149 et s.

ويقرر ان العقوبة تتدرج فى نظر القضاة بحسب الجسامة الذاتية للجنحة وبحسب حالة المتهم فليس لزاما أن تكون عقوبة السرقة أعلى دائما من عقوبة خيانة الامانة لأن المشرع قرر ذلك . فهناك سرقة وسرقة ، وخيانة أمانة وخيانة أمانة ، واذا كان لى أن استشهد بتجاربى الشخصية فانى أؤكد ان تدرج قانون العقوبات لا أثر له لأن الحد الاقصى للعقوبات المقررة للجنح نادر التطبيق ، وان الاعتداد بالظروف المخففة وظروف الرأفة يجعل الجرائم فى نفس المستوى فيما يتعلق بالحد الاقصى .

(٢) على سبيل المثال — نقض ١٩٥٤/١١/١١ مجموعة أحكام النقض س ٦ ق ١٧ ص ٤٦ — نقض ١٩٥٦/٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٨٤ ص ٢٧٧

(٣) انظر :

GARRAUD, Tratié, op. cit., p. 383 et s
GELIN, op. cit. p. 190

ويقرر بأن المصلحة وان توافرت بدرجة تسمح بقبول الطعن فانها لا تمنع من تطبيق مبدأ العقوبة المبررة .

توافرت الا أنها ليست مصلحة قانونية ، بمعنى اخر ان الخطأ فى التكييف أو فى عدد الجرائم وان امكن أن يؤثر فعلا فى عقيدة القاضى لدى تقدير العقوبة على نحو يضر بالمحكوم عليه الا أن ذلك التأثير مسألة واقع ومحكمة النقض محكمة قانون[1] .

والواقع أن مصلحة المحكوم عليه تنتفى فعلا اذا كان للعقوبة المحكوم بها أساسها القانونى الذى قدرت على أساسه ، ودون ذلك — ولو توافر صدفة أساس قانونى اخر يسمح بالعقوبة كما صدرت — فان مصلحة المحكوم عليه تتوافر بكل مقوماتها — وفضلا عن ذلك فان ذلك الاساس يحتل فى القانون الجنائى مكانة هامة لأنه التطبيق المباشر لمبدأ الشرعية .

والواقع أن الأساس القانونى للعقوبة يحتل — فى نظرنا — مركزا يتشابه مع عملية البرهنة فى الرياضيات ، فكما أن واحدا لا يقبل مسلك مدرس الحساب الذى يقبل صحة النتيجة التى جاءت عشوائية أو نتيجة برهان خاطىء ، فهكذا ينبغى أن يكون مسلكنا فى تقدير شرعية العقوبة .

وإذا كان لنا فى البداية أن نتساءل عن ماهية الأساس القانونى للتكييف إذا كانت الوقائع هى الأساس القانونى للعقوبة ؟ ثم أن نتساءل عن القيمة الباقية للتكييف القانونى إذا كانت الوقائع هى الأساس القانونى له وللعقوبة معاً ؟ . ألا يعتبر التكييف القانونى بعد ذلك ترفا محضاً ؟ ألا يعتبر ذلك تخففا من القيد الجنائى الصارم الذى يفرضه مبدأ الشرعية ؟ ..

والصحيح أن الوقائع هى الأساس القانونى للتكييف لا العقوبة ، وأن التكييف هو الأساس القانونى للعقوبة ولعل فى ذلك وحده ما يبقى للتكييف أهميته ، ويرضى شرعية التحريم أن كان لا بد من أحترامها . أما القول بأن المحكوم عليه لا

---

(١) انظر :

SARRUT, note sous Cass. D.P. 1897. 1. 393

يتحمل ضررا ، أو يتحمل ضررا واقعياً — غير قانونى — أو ضحـلا — رغم فساد هذه الدعوى كما سنرى — لأن القضاة فى تقديرهم للعقوبة أنما يرتبطون بالجسامة الذاتية للسلوك دون أن يكون للحد الأقصى والأدنى للعقوبة تأثير هام ، فهو قول أن صح فى التجربة الشخصية للبعض فهو خطأ وانحراف فى فهم الوظيفة التى كلفوا بها ، ولعلنا لم ننس أن العقوبة الجنائية ليست تعويضاً مدنياً وبالتالى فان تقدير الجسامة الذاتية للسلوك انما هو تقدير غريب على القضاة ولا يجوز — دون خطل — أن تتحدد على أساسه كمية العقوبة . فالجسامة الذاتية للسلوك ليست عملا قضائياً على الاطلاق وانما هى بغير أدنى شك عمل تشريعى محض يرتبط بعمق بمبدأ الشرعية ويترجم فى التقنين فى التفرقة المعروفة للجرائم — جنايات ، جنح ومخالفات — من جهة ، وبين الحد الأقصى والأدنى المقرر لكل جريمة على حدتها من جهة أخرى والقول بأن العقوبة الصادرة وفقا لتكييف ما أو على أساس عدد معين من الجرائم تظل مبررة قانونا ولو كان هذا التكييف خاطئا أو كان بعض هذه الجرائم قد اعتد به خطأ ، انما هو انتهاك لمبدأ الشرعية ، لأن العقوبة انما تقررت على أساس قانونى خاطىء ، أما الأساس القانونى الصحيح ، الذى تصادف فى الحكم ، فالعقوبة الصادرة لم تتقرر بلا أدنى شك على أساسه ، ومبدأ أن لا عقوبة إلا بنص لا يقصد به نص أيا كان ، وإنما المقصود هو النص الذى يقررها[1] .

الجسامة الذاتية للسلوك هى إذن عمل تشريعى حاصل فى النص المقرر للجريمة ولا يجوز للقضاة مراجعته ، أما الحرية الممنوحة للقاضى فى النطق بالعقوبة بين الحد الأقصى والحد الأدنى ، فهى مكنة مقصودة لكى يصل القضاة بالعقوبة الى أنسب نقط التوازن بين جسامة السلوك كما قدرها المجتمع وبين مصلحة المجتمع

(١) انظر :

PATIN , op. cit, p. 88 et s.
LALANE, op. cit, p. 140 et s

قارب : رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، س ٣٤٨ و ص ١٤٠

نفسه فى تفريد العقوبة التى تتناسب مع حالة المتهم الخطرة وظروف الواقع[1] .

ليست الوقائع الثابتة فى الحكم هى الأساس القانونى للعقوبة كما تتصور نظرية العقوبة المبررة ، لأن هذه الوقائع هى الأساس القانونى للتكييف أما الأساس القانونى للعقوبة فيستقيم فى نظرنا على دعامتين : الأولى هى التكييف القانونى الصحيح للوقائع . هذا التكييف ليس ترفا قانونيا لأنه التصريح القانونى بالتقدير التشريعى لجسامة السلوك وبه يتحدد أمام القاضى اسما قانونيا معينا له تدرجه فى سلم العقوبات سواء من حيث تصنيف الواقعة فى سلم الجرائم ــ جنايات ، جنح ، مخالفات ــ أو من حيث بيان النطاق المرن لمقدار العقوبة والذى يدور بين حد أقصى هو أعلى ما قدره المشرع لجسامة السلوك من عقاب وحد أدنى هو أضعف ما قدره المشرع من عقاب له ، هذه الدعامة الأولى عمل تشريعى محض وترجمة مباشرة لمبدأ الشرعية أما الدعامة الثانية ، فهى استخدام القاضى للمكنة القانونية الممنوحة له للبحث بين الحد الأقصى والحد الأدنى الذى تخرجة الدعامة الأولى عن انسب نقط التوازن بين جسامة السلوك الذاتية كما قدرها القانون ، وبين حالة المتهم وظروف وقوع الجريمة ، لا الجريمة ذاتها ، لأن الجسامة الذاتية للقتل واحدة أيا كانت الحالة الخطرة لفاعل الجريمة وأيا كانت ظروف وقوعها . وغنى عن البيان أن الدعامة الثانية مرتبطة بالدعامة الأولى ارتباط وجود

---

(١) انظر مقالة :

R. VIENNE :

Le chois de la sanction pénele par le juge dans Société de Législation comparée quatrlème journées juridiques Franco - Yougoslave - Belgique. Zagreb, Gubliyans, 4 ' 10 mai 1959

p. 1 et 5 à 10 et 16 et 17

اختيار العقوبة من عهد التحكم والحرية المطلقة للقاضى ، الى تقنين ١٧٩١ الذى حدد نظام العقوبة المحددة بصرامة سواء من حيث طبيعتها أو من حيث مدتها وفيها تطور . ثم تقنين ١٨١٠ ونظام العقوبة المحددة بين حد أقصى وأدنى وامكانية الاعتداد بالظروف المخففة والنزول الى ما يجاوز الحد الادنى ، وامكانية الخيار ــ فى بعض الجرائم ــ بين الحبس والغرامة . كل ذلك بقصد تحقيق الهدف من تطبيق العقوبة ، واعطاء القاضى الحرية فى اختيار الجزاء الجنائى ليستطيع الوفاء بمقتضيات تفريد العقوبة .

وقارب : رؤوف عبيد ، نفس الموضع السابق .

وعدم ، والقاضى فى استخدامه لها ليس حرا بالمعنى الدقيق لأنه مرتبط بحالة المتهم وظروف وقوع الجريمة أو بمقتضيات التفريد بوجه عام ، ودون ذلك تصبح العقوبة عملا أداريا لا قضائيا .

والأساس القانونى لتقدير العقوبة على هذا النحو يمثل أخص مصالح المتهم والا فهو من أخص مصالح من ؟

ونوافق مع جانب من الفقه[1] على أن الخطأ فى الاستشهاد بنص القانون أو فى عنصر من عناصر الجريمة الذى لا يؤثر على تكييفها ، على ما عرضناه فيما سبق لا يضر بالمحكوم عليه لأن الأساس القانونى لتقدير العقوبة كان صحيحا برغم هذا الخطأ ، وبالتالى فحسب المحكمة فى مواجهته ـــ سواء أكان الطعن من جانب النيابة العامة أم من جانب المحكوم عليه ـــ أن تصحح الخطأ الواقع إرضاء لمتطلبات التطبيق الصحيح للقانون دون حاجة إلى إلغاء الحكم : لشرعية الجريمة التى أعلنت نظرا لصحة التكييف ، ولشرعية العقوبة الصادرة لصحة الأساس القانونى الذى اثبتت عليه .

ومصلحة المحكوم عليه فى حالة الخطأ فى التكييف تحتاج قبل الكشف عنها الى تصحيح بعض المغالطات ، فالقول بأن الخطأ فى التكييف وإن أمكن أن يؤثر على عقيدة القاضى فى تحديده لمقدار العقوبة ، إلا أن هذا التأثير مسألة واقع لا قانون ومن ثم لا رقابة للنقض عليها . نقول فى الرد عليه ، إنه إذا كان من الصحيح أن محكمة النقض لا تتدخل فى تحديد القاضى لقدر العقوبة إلا أن واجبها بل وظيفتها الأولى هى مراقبة قانونية الأساس الذى استقام عليه هذا التقدير[2] أما القول بأن المحكوم عليه لا تتوافر له المصلحة الكافية لالغاء الحكم

(١) انظر فى المعنى :

MARTIN, op. cit, d. 112
PATIN, op. cit. p. 125
LALANNE, op. cit. p. 145 et s.

(٢) انظر :

ROUX, Note sous Cass. 11 Mars 1904 S, 1906 . 1. 201.
PATIN, op. cit, p. 82

واعاقة التجريم ، وبالتالى فان قبول طعنه لتوافر المصلحة لايمنع من تطبيق نظرية العقوبة المبررة ورفض الطعن لعدم كفاية تلك المصلحة لتوافر الأساس القانونى للعقوبة المحكوم بها ، هذا القول ، بصرف النظر عما فيه من اجهاد — يبدو على الأقل فى الاعتراف للمحكوم عليه بالمصلحة الكافية لقبول طعنه وافتقاره الى المصلحة الكافية لحماية طعنه من الرفض[1] — بصرف النظر عن ذلك — نؤكد على عكسه — مع جانب كبير من الفقه ، توافر المصلحة « القانونية » « الكافية » للمحكوم عليه أما الزعم بأن تلك المصلحة تعبر عن ضرر ضحل الى درجة تسمح بتجاوزه انتصاراً لاعتبارات النفع الاجتماعى فى سرعة التجريم على شرعيته هو قول مرفوض ، لأنه يرتد الى أصل نرفضه أساسا وهو تغليب سرعة التجريم على شرعيته ، وأما الزعم بضحالة الضرر الذى يلحق بالمحكوم عليه بسبب صحة الأساس القانونى الذى استقامت عليه العقوبة فهو قول يحتاج على الأقل الى الاثبات :

ونبدأ أولا بالفرض البسيط ، الذى أدى الخطأ فى التكييف فيه الى عقوبة تتحد تماما فى حديها الأقصى والأدنى مع العقوبة التى يقررها التكييف القانونى الصحيح . لنؤكد أنه حتى فى هذا الفرض — وقد جرى تقدير العقوبة على أساس يكاد أن يكون واحدا — تتوافر للمحكوم عليه « المصلحة القانونية الكافية » والتى تتمثل فى التمسك بادانته عن ذات الجريمة التى ارتكبها ، لأن الذى لا شك فيه أن ثمة تدرجا معنويا بين الجرائم من وجهة النظر الاجتماعية حتى ولو تساوت تماما عقوباتها[2] غاية الأمر أن مصلحة المتهم المعنوية — ومصلحة النيابة

---

(١) جدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية تسير دائما على « رفض الطعن » فى حالة العقوبة المبررة .

(٢) PATIN, op. cit, p. 93

وانظر :

GARRAUD, Traité, op. cit. p. T. V. p. 382

وقارب :

VITU, Traité, op. cit. p. T. V. p. 1195

DE VABRE, Traité, op., cit, p. 8868

وانظر مقالة : حامد فهمى ، مشار اليها من قبل ، ص ٥٦٨ — على زكى العرابى ، ص ٣١٤

فى التطبيق الصحيح للقانون الجنائى — يرتضيان بالتصحيح الذى تجريه المحكمة دون حاجة الى إلغاء الحكم ما دام الأساس القانونى لتقدير العقوبة لم يمسه الخطأ[1]

لكن الخطأ فى التكييف ، قد يضر بالمصلحة المادية للمتهم الى جانب المصلحة المعنوية له [2] . بمعنى آخر ، قد لا يتوقف تأثيره على مجرد الضرر المعنوى ، وإنما يسبب ضرراً ماديا لا يمكن تداركه بالتصحيح وحده ، ويتحقق ذلك فى كل مرة يؤدى فيها الخطأ فى التكييف الى اختلاف الحدود القصوى والدنيا — أو الحدين معا — لكل من العقوبتين المتعلقتين بالتكييف الخاطىء والتكييف الصحيح ، هذا الأختلاف هو ذاته اختلاف فى الأساس القانونى الذى قدرت على أساسه العقوبة .

فالتكييف القانونى الذى يرتب اختلافا فى الحدود القصوى والدنيا ، يسوق القاضى حتما إلى استخدام مكنة غير قانونية ، إذ يجرى تقديره للعقوبة على أساس جسامة ذاتية للسلوك تختلف عن تلك الجسامة التى أعطاها المشرع له وفى هذا اعتداء على مبدأ الشرعية واضرار بالمحكوم عليه إذ يتحمل قدرا من العقوبة يزيد عن القدر الذى يستأهله قانونا .

فإذا أدى الخطأ الواقع فى التكييف الى رفع الحد الأقصى للعقوبة المطبقة عن الحد الأقصى للعقوبة المستحقة أصلا بناء على التكييف الصحيح ، فإن ذلك معناه أن القاضى قد كانت لديه المكنة التى تسمح له بأن يرتفع بالعقوبة الى

---

(١) انظر :

LALANNE, op. cit., p. 149
ROUX, Note op. cit.

وانظر :

LABBE, Note sous Cass. 1877. S. 1877. 1. 184
LIRMIN, op. cit., p. 102

مقالة : حامد فهمى السابق الاشارة اليها ، ص ٥٦٨ — على زكى العرابى ، ص ٣١٤

(٢) يرد د. المرصفاوى بحق (ص ١٠١٠) أنه قد يترتب على الخطأ فى التكييف ، مساءلة المتهم عن جريمة كان يمكن عدم مساءلته عنها ، كما لو دفع بعدم جواز اثبات وجه الأمانة بالبينة .

حدها النهائى ويطبق على الواقعة عقوبة لا تتناسب مع الجسامة الذاتية لها كما قدرها القانون[1] فان تصادف ونزل بالعقوبة ـــ نظرا لظروف وقوع الجريمة أو حالة المتهم ـــ الى الحد الذى يدخلها فيما بين الحدين الاقصى والادنى للعقوبة المستحقة التطبيق اصلا ، فان ذلك النزول كان بنفس النسبة سوف يحدث لو كان الحد الاقصى الذى جرى تقدير العقوبة على أساسه هو الحد الذى ينبغى تطبيقه أصلا ، ولصارت العقوبة الصادرة أضعف من تلك التى صدرت بناء على الحد الأقصى الخاطىء[2]

وقد أقامت محكمة النقض الفرنسية من هذه الصورة ـــ فى تناقض وتردد ـــ استثناء على نظريتها سواء فى مواد الجنايات أم فى مواد الجنح من بعد على أساس أن العقوبة الصادرة لا تكون مبررة إذا تأسست على خطأ فى القانون تسبب فى تغيير الحدود الدنيا والقصوى للعقوبة الواجبة التطبيق أو فى التغيير غير القانونى للأساس الذى كان ينبغى أن يجرى تقدير العقوبة عليه والذى أضر بالمحكوم عليه[3] .

---

(١) انظر :

GARRAUD, Traite, op. cit., t. V. p. 378
MARTIN, op. cit., p. 111
LALANNE, op. cit, p. 126

وقارن :

GELIN, op. cit, p. 98 à 106

(٢) وقارن :

LALANNE, op. cit., p. 125

(٣) انظر فى بيان هذا التردد :

ROPERT, op. cit. p. 571 et s.
note M.R. M.P., op. cit.

وانظر فى قبول الطعن لاختلاف الحدود القصوى :

Cass. 8 avril 1927 . B. 100
Cass. 2 aout 1928 . B. 230
Cass. 7. avril 1865 B. N, 90

=

أما النقض المصرية فلم تر فى هذه الصورة استثناء على النظرية ، وقررت أن العقوبة تكون مبررة ولو جرى تقدير القاضى لها على أساس « القتل العمد » بينما كان التكييف الصحيح للواقعة هو « الضرب العمد » ما دامت العقوبة الصادرة تدخل فى الحدود الدنيا والقصوى للمادة ٢٤٣/١[1]

وينهار الأساس القانونى للعقوبة الصادرة أيضا لانهيار الدعامة الثانية له فى كل حالة يعتد فيها قاضى الموضوع خطأ بظرف مشدد من شأنه أن يغير من طبيعة الجريمة أو يرفع الحد الأقصى المقرر للجريمة كظرف العود ، والاكراه وسبق الاصرار .

فظرف العود مثلا من الحالات التى يترتب على الاعتداد الخاطىء به ضرر مؤكد للمحكوم عليه ، باعتباره حالة خطرة بتحوط القضاة أمامها ويتشددون ،

= 17 janv. 1873. B. n. 17
10 déc. 1891. B. No 246
Cass. 6 mai 1899 B. No 118
25 Mars 1909 B. No 188
Cass. 20 avril 1912 B. No 216
26 Sépt. 1912, B. N 489

ومع ذلك انظر فى عدم قبول الطعن واعلان العقوبة المبررة :

Cass. 22 Déc. 1933. B. 248
Cass. 24 juin 1942, B. 76
Cass. 22 Déc. 1949 . B. 363
Cass. 9 Déc. 1940. B. 44
Cass. 22 Fév. 1945 B. 14
Cass. 17 Déc. 1967 B. 347

وانظر ثانية فى قبول الطعن لأن عقوبة الجريمة التى كان يجب تطبيقها أخف :

Cass. 24 Mai 1930. B. 162. - 23 Nov. 1933. 1013. B. 215 16 Mai 1935 B. 61 - 4 Aout, 1943, B. 86 - 6 Mai 1991. B. 163 - 17 mai 1955 B. 160 - 10 Déc. 1958, B. 738

(١) نقض ١٩٥٥/٣/١٩ س ٦ ق ٢١٥ ص ١٦٦

حتى ولو ظلت العقوبة المنطوق بها دائرة فى الحدود الدنيا والقصوى المشار اليها فى القانون بصرف النظر عن حالة العود ، لأن استبعاد هذا الظرف يعنى إمكانية النزول بالعقوبة الى قدر أخف مما صدرت به[1] ، لأن حرية القاضى كما قلنا ليست تجاه الحد الأدنى والاقصى حرية بالمعنى الدقيق وإنما هى مقيدة بحالة المتهم وظروف وقوع الجريمة .

هذا المعنى هو ما فهمته محكمة النقض الفرنسية فى أحكام الالغاء التى أصدرتها فى حالة الاعتداد الخاطىء بأحد الظروف المشددة ، تسليما منها بأن هذا الاعتداد من شأنه أن يضر بالمحكوم عليه[2] . وفى حالة الاعتداد الخاطىء بحالة العود حتى ولو كانت العقوبة الصادرة قد خفضت الى الحد المسموح به قانونا[3] . ومع ذلك فقد طبقت النقض الفرنسية نظرية العقوبة المبررة فى تلك الأحوال نفسها ، إذا دلت صياغة الحكم على عدم تأثير ذلك الاعتداد الخاطىء فى تقدير العقوبة[4]

(١) انظر :

GARRAUD, Traité op. cit. p. 369 et 378 et 386
LALANNE, op. p. op. 121
MARTIN, cit, p. op. 110

وانظر :

GELIN, cit. p. op. 95 à 98
LRMIN, op. cit. p. 102 et 103

(٢) انظر :

Cass. 6 Mai 1847. S. 1847 - 161
Cass. 24 Mars 1938, Caz. Pal. 1938, 11. 16

(٣) انظر :

Cass. 3 Juin 1837 D. 1837. I. 480
Cass. 8 Mai 1838 D 1838 . 1213
Cass. 12 juillet 1912. B. No 400
Cass. 10 Nov. 1962. B. 27
Cass. 13 Nov. 1963. B. 321

(٤) انظر فى ذلك :

Lalanne, op. cit. p. 124 et s.

وقارب رأى : الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، ص ٣٥٠ وص ٣٥١

أما النقض المصريه فلم تر فى الأعتداد الخاطىء بحالة العود[1] أو الظروف المشددة[2]، ما يمكن أن يضر بالمحكوم عليه طالما كانت العقوبة المحكوم بها تدخل فيما بين الحدين الأقصى والأدنى للعقوبة المستحقة أساسا بصرف النظر عن هذا الاعتداد الخاطىء ، لكنها اتخذت فى مواجهة « الظروف المخففة » إذا تسببت فى نزول القاضى الى أدنى عقوبة يسمح بها القانون بناء على الوصف الخاطىء ، موقفا مضادا ، فقد قضت بأنه « اذا اعتبرت المحكمة خطأ الواقعة جناية عاهة مستديمة وقضت على المتهم بالحبس مدة ثلاثة أشهر ، فانه وإن كانت هذه العقوبة تدخل فى العقوبة المقررة لجنحة الضرب المنطبقة على الواقعة ، إلا أنه لا يصح القول هنا برفض الطعن لانعدام المصلحة ، لأنه ظاهر من الحكم المطعون فيه أن المحكمة حكمت على الطاعن بالحد الأدنى المقرر لجناية العاهة المستديمة مع استعمال الرأفة بالمادة ١٧ عقوبات . ويشعر الحال بأنها إنما وقفت عند هذا الحد من التخفيف لأن القانون لايجيز لها غير ذلك ، فهى ان صح هذا الإعتبار لم تقدر العقاب الوارد للجريمة بحسب ما يستحقه المتهم فى نظرها ، بل كانت مقيدة بالحد الأدنى

---

(١) انظر : ٤٣/١١/٢٨، مجموعة القواعد فى ٢٥ عاما جـ ٢ ق ٣٨٢
نقض ١٩٦٣/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ١١ ص ٤٧

(٢) انظر : نقض ١٩٥٦/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٥٩ ص ١٨٥ (ظرف الترصد)
— نقض ١٩٥٦/٣/٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٩٣ ص ٢٠٧ (ظرف سبق الاصرار)
— ١٩٥٤/١٠/١١ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ١٧ ص ٤٦ (ظرف سبق الترصد)
— ١٩٥٦/٣/٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٩٣ ص ٣٠٧ (سبق اصرار وترصد)
— نقض ١٩٥٤/١٠/١١ مجموعة أحكام النقض س ٦ ق ٣٦ ص ٤٣ (ظرف الاكراه)
— نقض ١٩٥١/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض ص ٢ ق ٣٧٤ ص ١٠٥٣ (الاكراه)

ومع ذلك نقضت محكمة النقض الحكم لعدم الرد على الدفع بانتفاء سبق الاصرار ، وقالت « أنه لا يغير من ذلك أن تكون العقوبة المقضى بها داخلة فى نطاق العقوبة المقررة للجريمة بغير سبق اصرار — اذ المحكمة مقيدة — فى حالة سبق الاصرار — بالحكم بعقوبة الحبس ، مما لا يستطاع معه معرفة الرأى الذى كانت تنته اليه لو انها تحللت من ذلك القيد نقض ١٩٥١/١١/٢٦ مجموعة أحكام النقض س ٣ ق ٨٠ ص ٢٢٤

والواقع أن الظروف المشددة السابق الاشارة اليها تحول العقوبة نفسها الى الأشغال الشاقة المؤبدة أو الى الأشغال الشاقة المؤقتة أو تعطى امكانية القضاء بها . مما لا يستطاع معه معرفة الرأى الذى كانت تنتهى اليه لو لم تكن لها تلك الامكانية ، والواقع فى نظرنا ، ان نفوذ الحكم المعطون فيه يلعب دورا هاما فى تحديد قرار المحكمة ، الامر الذى يجعل منه قرارا شخصيا لا موضوعيا .

الوارد به النص الخاص باستعمال الرأفة فى مواد الجنايات . بما يحتمل معه أنها كانت تنزل بالعقوبة عما حكمت به لو لم تكن مقيدة بوصف الواقعة بأنها جناية . ولو أنها كانت قد حكمت بأربعة أشهر مثلا لصح القول بأنها قدرت العقوبة التى رأت مناسبتها للواقعة بغض النظر عن وصفها القانونى ولجاز بالتالى القول بإنعدام مصلحة الطاعن من وراء طعنه »[1] .

ولم ندر لماذا لم تعمم محكمة النقض هذا الحكم ـــ والحجة هنا للجدل ـــ عندما ينطق القاضى بالحد الأدنى للعقوبة التى يسمح بها التكييف الخاطىء إذا كان هذا الحد أعلى من الحد الذى يسمح به التكييف الصحيح ؟ لماذا تعلق هذا الحكم على اعتداد القاضى بمبررات الرأفة ؟ .... أليس فى القضاء بادنى العقوبة ما يدل على أن القاضى قد قدر استحقاق المتهم لادنى عقاب قرره القانون ؟ وبالتالى يكون ـــ المحكوم عليه ـــ قد تحمل قدرا من العقوبة ـــ وهو الفارق بين الحدين ـــ بطريقة غير قانونية لأن القاضى قدر استحقاقه لأدنى تقدير قانونى لجسامة السلوك ؟[1]

هذا عن الصورة الأولى ، أما الصورة الثانية للخطأ فى التكييف والذى يقع فى طبيعة مسئولية المتهم باعلانه فاعلا ـــ مثلا ـــ حالة كونه فى الحقيقة شريكا . والتى يبدو من مظهرها ـــ كما قررت محكمة النقض ـــ غياب مصلحة المحكوم عليه فى التمسك بهذا الخطأ على أساس أن العقاب المقرر للشريك هو فى القانون العقاب المقرر للفاعل .

---

(١) نقض ١٩٤٨/٣/٨ المجموعة الرسمية س ٤٩ ق ١٦٧ ص ٣٠٧ ، انظر : ٤٣/١٢/١٤ مجموعة القواعد جـ ٦ ق ٤١ ص ٦١ ـــ نقض ١٩٤٨/٣/٨ مجموعة القواعد جـ ٧ ق ٥٠ س ٥٢٠ ـــ نقض ١٩٥٦/٢/٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ ق ٤٩ ص ١٤٧ ، ١٩٥٨/١٠/٢٠ س ٩ ق ١٩٩ ص ٨١٢ ـــ ومع ذلك قارن : نقض ١٩٦٩/١١/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ق ٤١ ص ١٨٧

(١) قارب : رؤوف عبيد ، المشكلات العملية ، ص ١٣٩ ، ١٤٠

فالواقع أن المادة ٩٥ من ق.ع. الفرنسى والمادة ٤١ من ق.ع. المصرى لا تعنيان أن يكون عقاب الفاعل هو هو عقاب الشريك لأن المعنى فى المادتين أن من اشترك فى جريمة فعلية عقوبتها لا عقوبة فاعلها . ولذلك فانه ولو بدا أن مصلحة المحكوم عليه من الناحية النظرية منتفية فانها متوافرة من الناحية العملية ، لأن القاضى بين الحدين الأقصى والادنى المقرر لكل جريمة يستطيع أن ينشىء تدرجا بين تجريم الفاعل وتجريم الشريك بحيث لا يمكن التعرف على مدى الاثر الذى انعكس — أو كاد ينعكس — على تقدير القاضى للعقوبة لو قدرها على أساس أنه شريك[1].

ولعل فى ذلك كله ما يبرز أن فى القول بتوافر الاساس القانونى للعقوبة الصادرة فى حالة الخطأ فى التكييف تجاوزا فادحا[2] .

هذا عن مصلحة المحكوم عليه فى حالة الخطأ فى التكييف . أما بالنسبة لمصلحته فى حالة تعدد الجرائم ، فقد سبق أن نوهنا الى أن المشرع قد أخذ بنظام العقوبة الواحدة الشاملة لمختلف الجرائم عند التعدد بحيث لا يصدر القاضى قدراً مفرزاً من العقوبة لكل جريمة من الجرائم . فإذا قدم المتهم الى المحاكمة عن جريمتين مرتبطتين كالقتل والسرقة مثلا ، فإن عقابه على هاتين الجريمتين وفقا للقانون هو عقوبة الجريمة الأشد . وقد كان المفروض أن يكون ذلك سببا فى رفض تطبيق نظرية العقوبة المبررة على هذا الفرض إذا علق الخطأ باحدى الجرائم التى طبق القاضى عليها وعلى الأخرى المرتبطة بها العقوبة المقررة للجريمة الاشد — لكن محكمة النقض المصرية — وكذلك الفرنسية — استقرت على أنه متى كان

---

(١) انظر :

LALANNE, op. cit., p. 88

MARTIN, op. cit. p. 105, 112 et 113

(٢) يلاحظ مثلا أن المادة ٢٣٥ من ق.ع. مصرى ، تنص على أن المشاركين فى القتل الذى يستوجب الحكم على فاعله بالإعدام يعاقبون بالاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة . أيقال هنا بانعدام المصلحة ؟ فضلا عن تنظيم سريان الاعذار أو الظروف المصادة على الفاعل دون الشريك أو العكس . انظر رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ، ص ١٠١

الحكم المطعون فيه قد أعمل حكم المادة ٢/٣٢ من ق.ع. ولم يوقع على الطاعن الا عقوبة واحدة هى المقررة للجريمة موضوع التهمة الاولى ــ والتى لم تسقط بمضى المدة ــ باعتبارها الجريمة الاشد ، فانه لا جدوى للطاعن فى النعى على **الحكم** بأنه لم يحقق الدفع بانقضاء الدعوى العمومية بمضى المدة بالنسبة للجريمتين **الاخيرتين** المرتبطتين لإنعدام مصلحة الطاعن فى التمسك بذلك[1] .

والواقع أن القاضى فى حالة تعدد الجرائم يأخذ من هذا التعدد ذاته أساسا فى تقدير العقوبة ، بمعنى أنه يتناسب فى تقديره للعقوبة مع عدد الجرائم التى احتجزها على المتهم ، ذلك بديهى لأن المشرع لم يقصد قط اعفاء الجرائم المرتبطة بالجريمة الأشد من العقاب ، والا كانت تلك دعوة تشريعية مقتضاها إذا بدأت فى الاجرام فلا تتراجع فلا عقاب على ما دون ما اقترفته ، وهو أمر واضح الخطل . ولعل محكمة النقض الفرنسية توافق على تلك المقدمة حين تقرر « أن العقوبة الصادرة فى حالة تعدد الجرائم ذات طبيعة غير قابلة للانقسام تنطبق على سائر الجرائم التى اقترفها المتهم بدرجة لا تسمح بتقدير النسبة التى قدرها القاضى لكل جريمة ثابتة[2] فتقيد القاضى بعقوبة الجريمة الاشد لا يعنى انه لا يقدر العقوبة الا على أساسها ، وإنما الصحيح أنه يتناسب مع عدد الجرائم فيما بين الحد الاقصى والادنى لتلك العقوبة ، وبالتالى فان القول بأن العقوبة تكون مبررة برغم الخطأ الواقع فى احدى الجرائم انما هو استبقاء لقدر من العقوبة الصادر على غير أساس من القانون وخلافا لمقتضيات مبدأ الشرعية من ناحية واضفاء لحجية الشىء المقضى فيه على عقوبة صدرت على أساس خاطىء[3]

(١) انظر ١٩٦٣/٣/٥ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ق ٣٣ ص ١٤٨
ــ نقض ١٩٦٣/١/٢٩ مجموعة أحكام النقض ص ١٤ ق ٦٣ ص ٦٠
Cass. 25 juin 1927 B. 55

(٢) انظر:
Cass. 27 Mai 1886 D, p. 1886 . 1. 229

(٣) انظر :
LALANNE, op. cit., p. 100 et 142
PATIN, op. cit., p. 88.

وعلى ذلك فان العقوبة الصادرة على أساس عدد خاطىء من الجرائم تسبب ضررا ماديا للمحكوم عليه بتحميله قدرا من العقوبة يقابل الجريمة التى اعتد بها خطأ حتى ولو كانت العقوبة الصادرة تدور بين الحد الادنى والاقصى للجريمة الباقية ، لأن ذلك لا يمنع من امكانية القول بأن العقوبة كانت تكون أقل لو لم يقع هذا الخطأ . وفضلا عن ذلك فان استبقاء الجريمة المعلنة خطأ على المتهم قد يسبب ضررا فيما يتعلق بتطبيق أحكام العود ويؤذى بلا شك المصلحة المعنوية للمتهم فى اعلانه مذنبا عن جريمة واحدة لا عن جريمتين . وقد اقترح البعض تلافيا لمثل تلك الصعوبة أن ينص على ضرورة أن ينطق القاضى بقدر مفرز لكل جريمة من الجرائم التى اعلنها بشرط الا يتجاوز مجموعها الحد الأقصى لعقوبة الجريمة الأشد[1] .

MARTIN, op. cit., p. 107

وقارب :

GARRAUD, Traité, op. cit., T.V.p. 382

وقارن :

GELIN, op. cit., p. 192. 71 à 80

وقارب :

VITU, op. cit., p. 1195

BOUZAT, op. cit., p. 143

HELIE, Traité op., cit., p. 648

على زكى العرابى ، المرجع السابق ، ص ٣١٤

(١) انظر :

MARTIN, op. cit., p. 10 et s.

PATIN, p. op. cit., 127 et s.

وكان هذا الاقتراح اقتباسا من المادة ٤٨٣ ق.أ.ج الايطالى والتى قررت أن الحكم الصادر فى عدة جرائم ينبغى أن يتضمن القدر المستحق من العقوبة لكل واحدة منها وأن يحدد العقوبة الكلية الواجبة التطبيق على مجموع الجرائم وفقا لقواعد التعدد المنصوص عليها فى المواد ٧١ - ٨١ من قانون العقوبات ولذلك فان هذه المشكلة لا تثور لديهم . ويلاحظ أن المادة ٥٣٨ ق.أ.ج الايطالى الصادر فى ١٩ أكتوبر ١٩٣٠ قررت أنه لا يجوز لمحكمة النقض اذا تضمن الحكم خطأ فى القانون فى أسبابه أو خطأ فى الاشارة الى نص القانون ، إبطال الحكم المطعون فيه طالما لم يكن له تأثير حاسم على المنطوق ولم تذكر لا الخطأ فى التكييف ولا فى عدد الجرائم .

(٨٣) ثالثا : النفعـية الاجتماعية فى سرعة التجريم :

وهو السبب الثالث الذى استندت اليه نظرية العقوبة المبررة ، ومقتضاه أن المحكوم عليه قد تتوافر له المصلحة فى حالة اصابة الحكم الذى ادانه بالخطأ فى القانون ، الا أن هذا الخطأ ـــ بسبب ما سبق عرضه من توافر الأساس القانونى للعقوبة لتأسسها على الجسامة الذاتية للسلوك فى ذاته[١] ـــ لا يلحق بالمحكوم عليه ضررا كافيا يبرر الغاء الحكم وتعويق التجريم مع ما يترتب عليه من تطويل للاجراءات وزيادة للمصاريف .

والعقوبة الجنائية لاينبغى أن يطول الزمن بينها وبين تاريخ وقوع الجريمة والا فقدت فعاليتها ، ومن يريد النهاية يريد الوسائل التى توصله اليها ، والعقوبة المبررة تتفرع من هذا الاصل وتنضم الى سائر الاجراءات التى تتوجـه إلى التضييق من عدد الطعون التى تغرق محكمة النقض لتصل الدعوى الى نهايتها فيتحقق للتجريم غايته فى الزجر العام والزجر الخاص . فالتجـريم كالثأر ، أو بالادق بديله ، فلا ينبغى مثله أن يؤكل باردا . والحقيقة النظرية ليست شيئا ما دامت السلطة القضائية قد حولت الخطأ الى حقيقة عملية ، ذلك ما تتطلبه حتى مصالح المتقاضين[٢] .

---

(١) حتى ولو كان الخطأ قد أصاب طبيعة الجريمة ومن ثم الاختصاص ، طالما أن قاضى الاستئناف بالنسبة للجنح والمخالفات واحد .

nots : M.R.M.P., op. cit.

(٢) انظر :

VITU, Traité , op. cit., p. 1195
GELIN, op. cit., p. 190 et s.
PATIN, op. cit. p. 94 et s.
Note, op. cit., p. M.R.M.P.
MARTIN, op. cit., p. 114 et 115
DANIELLE' CRUT : Ou en est la théorie de la peine justifiée dans la vie judiciaire, No, 1 du 19 au 24 juin 1967
= LE FONTAINE, D'une tendance de la jurisprudence dans application

ولا شك أن هذا العامل كان السبب الأساسى فى التوسع القضائى والاعتداد التشريعى فى مصر — لنظرية العقوبة المبررة ، بل أنه كان السبب الوحيد ، ولعلنا لم ننس أنه نفسه كان السبب فى نشأة النظرية أساسا . ومن غريب ما يلاحظ ولعل فيه ما يلقى الضوء على أهمية هذا السبب أن واحدا من أبرز من تصدوا لهذه النظرية بالمقاومة العنيفة ، والذى رصد رسالته فى العقوبة المبررة كما قدر لادانة القضاء الظالم وغير القانونى للعقوبة المبررة[1] . قد شاءت اقداره أن يصبح رئيسا للدائرة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية ، وأن تصدر هذه الدائرة تحت رئاسته قضاء فى العقوبة المبررة وصف بأنه كان جريئا[2] . وقد فسر هذا التغيير بأن الضغط العملى — للطعون كافة — على محكمة النقض ، دفعها — ودفعه—فى بعض الأحيان الى القنوع بالعدالة النسبية جدا ، ودفعها — ودفعه — فى بعض الأحيان الى اختيار أقل الاشرار حيث لا مفر[3] وقد أثبتنا فيما سبق فساد الدعوى القائلة بأن العقوبة الصادرة يتوافر لها الاساس القانونى الذى يبررها وأثبتنا فيما سبق توافر المصلحة الكافية للمحكوم عليه فى حالات الخطأ فى التكييف أو فى عدد الجرائم .

وبالرغم من أن البعض قد قدر ، أن محكمة النقض لا تطبق نظريتها فى العقوبة المبررة الا حيث تلمس قبوع مصلحة المحكوم عليه فى حدها الأدنى ، وتلغى الحكم — بوسيلة أو بأخرى — حيث تلمس مصلحة كافية للمحكوم عليه ، وهو ما يفسر حركة التضارب فى احكامها بحيث يمكن أن نقرر أن نفوذ الحكم المطعون فيه ، والقرار الشخصى لمحكمة النقض يلعب الدور النهائى فى تطبيق

---

de la loi pénale, Rev. Critique de législation et de jurisprudence, 1860 , p. = 165

رؤوف عبيد ، المشكلات العلمية ، ص ٥٣٠

(١) انظر : Patin فى سائر أجزاء رسالته ، على الاخص ص ١٣

(٢) ، (٣) انظر فى تلك الملاحظة وفى المواجهة بين فكر الشاب باتان والرئيس باتان مقاله :
note M.R.M.P., op. cit., - Danielle Cart, op. cit.,

نظرية العقوبة المبررة[1] . برغم ذلك وبرغم أهمية هذا العامل فى الواقع العملى المرهق لقضاء النقض ، إلا أننا نرفضه تماما ، لأنه يرتد الى أصل عام لا ينبغى أن يعتد به جنائى على الاطلاق وهو تغليب سرعة التجريم على شرعيته .

سرعة التجريم هى الدعوى التى تبرز فى عالم الفقه والقضاء دائما حيث يكون هناك اعتداء على شرعية التجريم . تبرير مرفوض ، ورفضنا له لا يعنى رفضنا لسرعة التجريم ، وإنما يعنى اصرارنا على التمسك الصارم بشرعيته ، لأن سرعة التجريم اذا جاءت على حساب شرعيته كانت ضربا فى الظلام لا يليق الا باللهفة السطحية للمتهورين ، والتنازل عن شرعية التجريم فى سبيل سرعته انما هو انحراف خطير فى النظرة الى مدنية التجريم وبشرية المجرم وهو فى النهاية تبديد رخيص لجهود عظماء أشادوا مع التاريخ المنوال الشرعى للتجريم ولأهدافه ، ألا ترى انه ينطلق من مقدمة بالغة الفساد هى افتراض ثبوت الجرم على المتهم ؟

نحن نريد للتجريم أن يكون سريعا ، لكننا نريده شرعيا بالدرجة الاولى ، وسرعته لا تأتى على حساب شرعيته لأن طريقها الصحيح فى تبسيط اجراءات التحقيق ، فى زيادة عدد القضاء والدوائر ، فى توفير الظروف الملائمة من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية التى تمكنهم من الوفاء بأقدس مهمة . لكنها لا تتأتى أبدا بتلفيق العقوبة . ولعل فى قضاء بعض الوقت مع مجموعات القضاء سواء فى فرنسا أو فى مصر ما يثبت بوضوح كيف أن العقوبة المبررة من بين الطعون الهائلة التى تختص بها المحكمة لا تتجاوز فى العام الواحد فى عددها أصابع اليدين، فهل استبعاد هذه الطعون يخفف العبء على كاهل محكمة النقض ؟

(٨٤) أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة لا يعنى فقط أن لاجريمة ولا عقوبة بغير

---

(١) فى المعنى :

Martin, p. 116

وينتهى فى ذات الصفحة الى رفض النظرية ، والمعنى الذى فى المتن لا نوافق عليه ، لاصطدامه مع طبيعة اختصاص محكمة النقض ، باعتبارها محكمة تجريد لا تجسيد ، محكمة قانون لا واقع ،وتطبيق القانون لا يحتمل القرارات الشخصية ولا يقبل تأثير نفوذ الحكم المطعون فيه .

نص ، وانما كذلك الا عقوبة بغير حكم صحيح ، والحكم القضائى لا يكون صحيحا الا إذا كان ثمرة عمل قضائى صحيح احترمت فيه بكل دقة سائر قواعد الموضوع والشكل المنصوص عليها فى القانون لحماية الحقوق المقدسة للمواطن والتى يمثل حدها الادنى فى صدور الحكم عليه عن غير ظلم .

ومهمة محكمة النقض هى رقابة صحة تشكل هذا الحكم . أى صحة التطبيق القانونى فيه ، فاذا ما استقالت من هذه المهمة — ووافقها المشرع كما فى مصر وانصرف اهتمامها الى اثار هذا التطبيق صحيحًا كان أم خاطئا ، فقد فقدت بكل تأكيد علة وجدها وهدمت القانون والعلة من وجودها أنها تحرسه ، أو كما قال الرئيس باتان ليست تلك احكاما قانونية لكنها تلفيقات .

أليس من المخزن فى مجتمع متحضر — أو المفروض فيه أنه كذلك — أن يصدر عليك حكما عن جريمة لم ترتكبها ، ويرفض أعلى قضاء فى الدولة أن يقبل دعواك أو يرفضها لتثبت له الخطأ الذى أصاب الحكم الذى أدانك بحجة أن جريمة أخرى ذات، طبيعة وجسامة مختلفة تبرر وحدها العقوبة التى كانت قد صدرت عليك للجريمتين معا ... اليس ذلك محزنا ؟

ثم أليس محزنا فى مجتمع متحضر — أو المفروض فيه أن كذلك — أن يكتسى هذا الحكم بحجية الشىء المقضى فيه ؟

أليس محزنا أن يصدر القاضى العقوبة ، اعتقادا منه أنه بمواجهة « جناية هتك عرض » عقوبتها — وفقا للمادة ٢٦٨ ق.أ.ج — هى الأشغال الشاقة المؤقتة من سبع سنين إلى ثلاثة ، بينما حقيقة الواقعة انها « جنحة فعل فاضح عقوبتها » وفقا للمادة ٢٦٨ ق.ع.م — الحبس مدة لا تزيد على سنة أو غرامة لا تتجاوز خمسين جنيها ، لمجرد أن العقوبة الصادرة تدخل فى نطاق العقوبة الأخيرة ، وبالتالى مبررة[1] أليس ذلك محزنا ؟

(١) نقض ١٩٤٨/٥/١٧ المجموعة الرسمية ق ٢٥٠ ص ٤٧١

أليس محزنا أن يصدر القاضى العقوبة ، اعتقادا منه أنه بمواجهة « جناية قتل عمد مع سبق الأصرار والترصد » عقوبتها وفقا للمادة ٢٣٠ ق.أ.م — الاعدام بينما كانت الواقعة قتلا عمدا بسيطا خاليا من الترصد أو سبق الاصرار وعقوبته فى القانون — وفقا للمادة ١/٢٣٤ ق.ع.م . — هى الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة[1] . أليس ذلك محزنا ؟

أليس محزنا أن يصدر القاضى العقوبة فى حناية « قتل عمد مع سبق الاصرار » على متهم اعتقد أنه فاعل ، وعقوبته فى القانون هى الأعدام — م ٢٣٠ ق.ع.م — بالاشغال الشاقة المؤبدة ، بينما كان المتهم فى حقيقة الأمر شريكا عقوبته فى القانون وفقا للمادة ٢٣٥ ق.ع. ، هى الأعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة[2] ، أليس ذلك محزناً ؟

أليس محزناً أن تظل العقوبة مبررة – لمجرد أنها تدخل فيما بين الحدود القصوى والدنيا للعقوبة المستحقة أصلا – رغم اعتقاد القاضى خطأ انه بصدد مجرم عائد ، أليس ذلك محزناً ؟

أليس محزناً أن يكون ذلك هو فهم المشرع المصرى لشرعية العقوبة ، ولمصلحة المحكوم عليه ، ولدور محكمة النقض ؟

نرفض نظرية العقوبة المبررة لأننا نرفض التلفيق ولأننا نصر على أن يكون التحريم شرعياً ، ودون ذلك يفقد القانون الجنائى وفقهه ومحكمة النقض التى ما كانت إلا للاشراف على حسن تطبيقه ، كل معنى مقبول .

---

(١) ١٩٥٦/٣/١ مجموعة أحكام النقض س ٧ ق ٩٣ ص ٣٠٧

(٢) نقض ١٩٥٥/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض ص ٦ ق ٣٠٠ ص ١٠٠٣

الباب الثانى

الخطأ فى الواقع والخطأ القضائى

الفصل الأول

فكرة اعادة النظر

(٨٦) وضع المشكلة
(٨٧) الخطأ فى الواقع والخطأ القضائى
(٨٨) حتمية الاعتراف بالحق فى اعادة النظر

(٨٦) الخطأ خلة بشرية لم ينج منها حتى الأنبياء ، والعصمة لله وحده . والتنظيم القضائى على أرضنا ، كان ولم يزل عملا بشريا فى ابتكاره وتنظيمه وتشغيله ، ومن ثم فإن مواجهة هذا التنظيم من غير تلك المقدمة يعد بحق تجاهلا للعمد الأساسى الذى ما استقام قانون الاجراءات الجنائية إلا لرعايته وتدعيمه « وهو حصر الأخطاء القضائية فى أضيق حيز ممكن يتوقاها فى البدء ويعمل على علاجها من بعد » يتجه فى مراحله السابقة على اصدار الحكم الى إقامة شبكة وقائية من الاجراءات تستهدف كلها توقى وقوع الخطأ — بالمعنى الواسع للكلمة — ثم ينشط من بعد صدور الحكم على توجيه قواعده إلى علاج ما عساه قد يقع بالرغم من أخطاء .

تسعى قواعد الاجراءات الجنائية — فى كلمة — إلى أن تجعل من « الخطأ القضائى » « حادثة » والتنظيم الاجرائى الناجح هو التنظيم القادر على حصره فى تلك الحدود ، لأن الالغاء الكامل له طموح لا تدركه وسائل البشر . وفى نفس الوقت فالتنظيم الاجرائى الذى يظل « الخطأ القضائى » فى ظله « ظاهرة » هو تنظيم فاشل لا ينبغى أن يتوجه الاصلاح فيه الى الخطأ القضائى فى ذاته وانما اليه فى جملته وتفصيله .

ومشكلة « **الخطأ القضائى** » بالمعنى الضيق — أى الخطأ فى الواقع فى الحكم الجنائى البات — قد شغلت الانسانية حتى فى أعتى عصور الظلم وكانت موضوعا لعديد من المنظمات الاجرائية التى استخدمت — ولم تزل لدى البعض — لعلاج هذا الخطأ ، كنوع من العفو فى عضور التطور وبإعتبارها — فى العصر الحديث — أقصى ما فى اليد برغم عجزها عن الوفاء الكامل بمقتضيات الاصلاح نتيجة الاحترام الذى شاء له التاريخ خطأ — وتقريرنا ينصرف الى القانون الجنائى وحده — أن يصل الى حد التقديس لما يسمى بحجية الشئ المقضى فيه .

فالواقع أن مواجهة هذا الخطأ بالإصلاح الكامل ، كان — ولم يزل — محكا للصراع بين عدد من المبادىء المتضاربة يرتكز بعضها على ضرورة إقامة العدل فى المجتمع ، بينما يرتكز البعض الاخر على الضرورات العملية ، ويرتكز البعض الاخير على الرغبة الغريبة فى تسوية حسابات المجتمع على عاتق الأبرياء .

ووضعا للمشكلة ، فقد نوهنا من قبل بأنه بتطهير الحكم من الخطأ المفترض أن لابسته الغيبة ومن الخطأ المحتمل أن جاز فيه الاستئناف ، أو بإفتراض سلامته القانونية بإمتناع الطعن قانونا أو بفوات الميعاد دون حصوله ، ينفصل الجانب الواقعى فى الحكم عن الجانب القانونى فيه ويكتسى كل منهما بحجية تتفاوت فى درجتها . وقد قررنا أن جانب الواقع ، أو ما سوف نطلق عليه الحكم الواقعى ، يكتسب من تلك اللحظة « حجية » تنحصر آثارها فى حظر التعرض لموضوع الدعوى من جانب محكمة النقض »[1] . هذه الحجية لا تسقيم بمعناها الشهير

---

(١) هذا الخطر ، كما أثبتنا من قبل، يفرضه : تنظيم النقض طعنا ومحكمة ، بحيث لا يجوز مهما شاب الحكم من أخطاء فى الواقع أن تتعرض لغير مسائل القانون ، وهذا ما يدفعنا على الاصرار بأن الخطأ القضائى بالمعنى الضيق يستحيل مواجهته بالنقض ، كما لا ينبغى تعليق تصحيحه على استنفاذ هذا الطريق . ولعلنا بذلك نختلف مع جماعة الفقه المصرى والفرنسى ، (قارن : محمود مصطفى ص ٦٩٩ إذ يكتفى باشتراط أن يكون الحكم نهائيا ، ومعنى ذلك امكانية الطعن فيه باعادة النظر ولو كان لم يزل قابلا للطعن بالنقض) ، التى تشترط لتصحيح هذا الخطأ أن يكون الحكم قد أصبح باتا ، أى غير قابل للطعن بالنقض . والنصوص=

« كعنوان الحقيقة » إلا بعد أن يصبح الحكم باتا[1] ، فيقال أن الحكم الجنائى حاز حجية الشيء المقضى فيه

= التشريعية تخلو تماما من مثل هذا القيد .

تنص المادة ٤٤١ « يجوز طلب اعادة النظر فى الأحكام النهائية » . وهذا يعنى أن المشرع يتصور إمكانية طلب اعادة النظر حتى ولو كان الحكم لم يكتسب بعد الحجية أى لم يصبح باتا ، وجدير بالملاحظة أن المادة ٣٠ من قانون النقض اشترطت ذات الوصف بالنسبة للاحكم القابلة للنقض « الأحكام النهائية الصادرة من أخر درجة » . كما أن المادة ٦٣٢ ق.أ.ج.ف . لم تتطلب أى وصف فى الحكم ، ومع ذلك يسير الفقه على اشتراط حيازة الحكم لحجية الشيء المقضى فيه . والواقع أنه من المنطقى اشتراط عدم قابلية الحكم للمعارضة أو الاستئناف ، لصلاحية هذين الطريقين لتصحيح سائر أخطاء الحكم المتصورة ، أما اشتراط أن يكون الحكم ، أو أن يصبح ، غير قابل للطعن بالنقض فهو تزيد غير مفهوم ، لاسيما إذا أدركنا أن الحكم يمكن أن يتضمن « خطأ فى الواقع » مع سلامته الكاملة من ناحية التطبيق المجرد . هذا التزيد يجد مرجعه فى رغبة الفقه فى حصر الطعن باعادة النظر فى أضيق حيز ممكن احتراما — بل تقديسا — لحجية الشيء المقضى فيه ، ويحاول البعض أن ينسب هذا التزيد الى المشرع بقوله :

« انه يشترط فى الحكم المطعون فيه أن يكون باتا . أى استنفدت فيه جميع طرق الطعن المقررة بالقانون ، وذلك برغم أن القانون قد استعمل تعبير الأحكام النهائية خلطا بين الحكم النهائى والحكم البات . « ولدينا أن المشرع قد استخدم هذا التعبير لأنه يقصده ، ولأنه من ناحية أخرى التعبير الصحيح ، وذلك بسبب ما قاله هذا البعض نفسه » . « حقيقة أن الطعن بالنقض مقصور على حالتى الخطأ فى القانون والبطلان وهما لا يتسعان لمعالجة أسباب التماس اعادة النظر باعتبارهما وقائع جديدة طرأت بعد الحكم المطعون فيه » . لكنه يعود فيقرر بأن :

« احتمال الغاء الحكم المطعون فيه بالنقض بناء على هذا الطعن يقتضى الانتظار حتى يزول هذا الاحتمال » ... انظر : فتحى سرور ، ص ١٧١ والسؤال هو :

على أى أساس ينبغى على المحكوم عليه بعقوبة جنائية، أن ينتظر ميعاد النقض أو الطعن العابث به اذا كان الحكم مصابا فقط بخطأ فى الواقع . والواقع أن حدة هذا الخلاف ضعيفة لأن الخطأ لا ينكشف « عادة » الا بعد صيرورة الحكم باتا .

(١) يختلف الحكم البات عن الحكم النهائى وعن الحكم الصادر من اخر درجة . فقد سبق وعرفنا الحكم الصادر من اخر درجة بأنه الحكم الصادر من اخر درجة يسمح بها القانون ، سواء أكانت هذه هى الدرجة الأولى أم الثانية ، أما الحكم القابل للاستئناف والذى فوت الخصم ميعاده فهو حكم صادر من أول درجة لا آخر درجة وإن كان نهائياً . أما الحكم النهائى : فهو الحكم الذى لم يعد قابل للاستئناف لاستنفاذه أو لاستحالته ، أو لفوات ميعاده دون حصوله . وعلى ذلك فإن الحكم الصادر من آخر درجة هو دائماً حكم نهائى بينما العكس غير صحيح فقد يكون الحكم نهائياً رغم صدوره من أول درجة . ولا أهمية فى جميع الأحوال لما إذا كان الحكم حضورياً أو غيابياً . والحكم النهائى لا يجوز حجية الشيء المقضى فيه ، لأن تلك لا يحوزها سوى الحكم البات ، أى الحكم الذى لم يعد قابلا للطعن إلا بإعادة النظر . =

وقد حددنا فى الباب السابق مفهوم كل من الحكم القانونى والحكم الواقعى وقلنا أن الحكم القانونى هو كل تقدير تحكمه قاعدة قانونية جرى وفقا للحدود التى رسمها القانون لقاضى الموضوع المختص فى إعداده وإخراجه للحكم

= (انظر على سبيل المثال):

FRAJVILLE, op. cit. p. 295

LEVASSEUR, op. cit., p. 734

GARRAUD, Précis, op. cit. p. 962 et 981 et s.

المرصفاوى ، ص ٨٣٦ وأن عبر عنه بأنه نهائى — فتحى سرور ، س ٢٠١ ويكاد أن ينفرد محمود مصطفى بقوله ص ٤٨٨ : « ويعبر عن الحكم الحضورى النهائى ، أو الحكم الذى صار غير قابل للطعن فيه **بالمعارضة ولا** بالاستئناف لفوات ميعاده بأنه « حائز قوة الشيء المحكوم فيه » ويعتبر **أنه** كذلك ولو كان الطعن فيه بالنقض أو بالتماس اعادة النظر جائزا بل لو طعن فيه بالفعل بأحد هذين الطريقين غير العاديين » . **وهو** قول وان كان صحيحا فيما يتعلق بالطعن باعادة النظر فلا يمكن الموافقه عليه إذا كان ثمة طعن بالنقض أو كان الطعن به ممكنا ، إذ كيف يحوز تلك الحجية ولم يكتسب بعد صلاحية الاعتداد به فى العود ، **أو القيد** فى صحيفة السوابق ، ولا يمنع من الاستفادة بقواعد جب العقوبات ، وليست له بعد الحجية على القاضى المدنى ، فلكى يكتسب الحكم حجية الشيء المقضى فيه ينبغى — كما يسلم هو نفسه ص ١٤٩ — **أن** يكون الحكم باتا . ودون ذلك لا تتوافر الحجية — لأنه كما يقرر ص ٢٠٢ — قد يلغى أو يعدل فى النقض . انظر كذلك ص ١٣١

والواقع أن الذى أورث هذا الشك ، هو ذلك الانفصال الذى قرره المشرع المصرى — فى المواد ٤٩٠ التى تقرر المبدأ العام فى تنفيذ الأحكام الجنائية النهائية والمادة ٤٦٦ التى تقرر الأثر الموقف لميعاد الاستئناف والطعن به .

والمادة ٤٦٩ التى رفضت الأثر الموقف عن ميعاد الطعن بالنقض أو عن الطعن نفسه فى غير عقوبة الاعدام — للتلازم المنطقى لقوة الحكم التنفيذية وحجية الشيء المقضى فيه . واذا كان صحيحا ومنطقيا فى نفس الوقت ، أن يتريث فى تنفيذ الأحكام الجنائية ، الى الوقت الذى يحوز فيه هذا الحكم حجية الشيء أو يصبح — كما يقولون — عنوانا للحقيقة ، فلا شيء يمنع من انفصال تلك القوة عن تلك الحجية وتقرير **الأولى** قبل الثانية .

قارب :

Levasseur, op. cit, p. 682

القانونى ، وقلنا بصدده أن كل خطأ فيه يعتبر خطأ قانونيا يرتصد لتصحيحه تنظيم النقض ، وفيما سبق وعلى أساس منه يتحدد الحكم الواقعى — كما هو مثبت هناك — بأن قرار القاضى بثبوت الواقعة أو بعدم ثبوتها ونسبتها أو عدم نسبتها إلى المتهم ويتحلل على هذا الأساس الى شقين :

— ثبوت الواقعة أو عدم ثبوتها ، ويجرى الاثبات هنا — أى الحكم بالوجود — على الوقائع فى ماديتها المجسمة

— نسبة الواقعة — كما ثبتت — أو عدم نسبتها الى المتهم

وقرار القاضى كما قد يكون صحيحا ، أى متطابقا مع الحقيقة الواقعية ذاتها قد يكون خاطئا أى غير متطابق مع تلك الحقيقة فيثبت الواقعة مع أنها لم تحدث قط . أو ينسبها الى المتهم مع أنها وقعت من غيره ويكون الحكم هنا مصابا بالخطأ فى الواقع ضد مصلحة المحكوم عليه أو ينفى ثبوت الواقعة مع أنها وقعت فعلا أو ينفى صلتها بالمتهم مع أنها وقعت منه ، وفى هذه الحالة يكون الحكم مصابا بخطأ فى الواقع ضد مصلحة المجتمع .

(٨٧) هذا الحكم — أو القرار — لاعتماده فى الواقع الجنائى أساسا على مبدأ حرية القاضى فى الاقتناع يعد لأسباب متعددة واحداً من مظان الخطأ فى نشاط القاضى مهما كانت فراسته ومهما بلغ حذقه الفنى سواء أكان الحكم صادراً من الدرجة الأولى أم الثانية والسؤال هو متى يعتبر هذا الخطأ « خطأ قضائيا » . ؟

الواقع أنه بينما يعتبر كل خطأ قضائى خطأ فى الواقع فإن العكس غير صحيح ، فطالما كان الحكم — لم يزل — قابلا للطعن فيه بالمعارضة ، أو للسقوط بالحضور ، أو للطعن فيه بالاستئناف ، لا يعتبر الخطأ الواقعى فيه خطأ قضائيا لأن القضاء لم يقل بعد كلمته النهائية[1]

(١) فى المعنى :

والأمر واضح فيما يتعلق بالأحكام التى تصدرها محكمة الجنايات غيابيا فى جناية ، فالحكم ذو طابع تهديدى محض . وهو يسقط بسائر أخطائه بمجرد حضور المحكوم عليه حراً أو معتقلا . أما فيما يتعلق بالأحكام الغيابية الصادرة فى مواد الجنح والمخالفات ، فان الغيبة فى ذاتها — كما قررنا من قبل — تقيم قرينة قانونية على خطأ الحكم . وهو ما أسميناه « بالخطأ المفترض » وما المعارضة الا مراجعة قانونية تتميز عن اعادة النظر فى تحررها من الشرط الجوهرى الذى تتوقف عليه الأخيرة . وهو إثبات دليل الخطأ ، أى أثبات خطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم ، والذى هو مفترض قانونا فى الأولى بسبب الغيبة[٢] وبالتالى لا يمكن اعتبار الأخطاء الواقعية فى الأحكام الغيابية الصادرة سواء فى مادة جناية أو جنحة أو مخالفة أخطاء قضائية طالما لم يقل القضاء بعد كلمته النهائية « فحضور » المحكوم عليه فى جناية يسقط الحكم ويعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم « والطعن بالمعارضة » وإن لم يسقط الحكم فى مصر — على خلاف فرنسا — يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل الحكم ، ويكون للقضاء — فى الحالتين — أن يصلح الحكم فى سائر جوانبه : الخطأ فى الواقع ، الخطأ فى القانون « مجرد القضاء السيىء » .

ونفس الأمر ، فيما يتعلق بأخطاء الواقع فى الأحكام التى لم تزل قابلة للطعن فيها بالأستئناف ، لأن الأخير مرصود فى القانون لتصحيح الأخطاء المحتملة فى

= LOUIS JARDIN, Erreurs judiciaries et leurs réparations. Thése CAEN, 1867 , p. 10 et s.

PEAN, op. cit. p. 3 et s.

ويرى ان المعارضة والاستئناف يتوجهان الى الوقاية من الخطأ بأكثر منها الى اصلاحه بسبب ما فيها من عمومية وبساطة فى الاستعمال وبسبب مواعيدهما القصيرة .

(٢) انظر :

YVES, MAUOIR, La révision pénale en droit Suisse et Genvois, These GENEVE, 1950 , p. 25

وجدير بالذكر ان المعارضة تتميز كذلك بتقيدها بميعاد محدد ، وشكل محدد ، كما تقدم الى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم ، بينما تتحرر إعادة النظر من شرط الميعاد ، وتقدم الى محكمة النقض .

الحكم : فكل حكم قابل للاستئناف يحتمل الخطأ فيه قانونا ، والدليل على ذلك أنه لا يتأسس إلا على الوقائع التى عرضت على قضاة الدرجة الأولى ، وأصدر القاضى بشأنها حكما خاطئا — فى الواقع أو فى القانون — أو حكما سيئا فكأن قاضى الاستئناف يقول لقاضى الدرجة الأولى : لقد أخطأت فى حكمك وكان الصحيح أن تقضى هكذا — على عكس إعادة النظر[1] . وفى تلك الحدود يعتبر الاستئناف مراجعة قانونية متحررة من الاشتراط الجوهرى الذى تتوقف عليه إعادة النظر وهو إثبات دليل الخطأ فى الحكم أى إثبات خطأ محدد وقع بالفعل فيه ، والذى هو محتمل قانونا فى كل حكم قابل للاستئناف .

وعلى هذا فالخطأ الواقعى فى الحكم القابل للاستئناف لا يعتبر خطأ قضائيا لأن القضاء لم يقل بعد كلمته النهائية فيه ، ومجرد « الطعن بالاستئناف » يعيد الدعوى الى الحالة التى كانت عليها قبل صدور الحكم . ويكون للقضاء بالتالى إصلاح الحكم فى سائر جوانبه ، الخطأ فى الواقع الخطأ فى القانون مجرد القضاء السيىء .

---

(١) انظر :

LEON LE MOINE, De la révision de procés criminels et correctionnels, Thése, PARIS, 1896, p. 170

JEAN PIANATEL, Le fait nouveau en matiére de révision, thése, PARIS, 1935, p. 2.

ALBERTO, ROMEIRO, La révision comme factur d'ennoblessement de la justics, Rev. Sc. Crim. 1970, p. 629

YVES, op., cit., p. 24

وجدير بالذكر أن الاستئناف يتميز بتقيده بميعاد محدد وشكل محدد ويقدم الى محكمة الاستئناف ولايجوز فى الجنايات ، بعكس اعادة النظر التى تتحرر من شرط الميعاد وتقدم الى محكمة النقض ولا تجوز فى المخالفات :

GARRAUD, op. cit. T.V.p. 552

وقد قلنا أنه بتطهير الحكم من الخطأ المفترض أن لا بسته الغيبة ومن الخطأ المحتمل ان جاز فيه الاستئناف ، أو بافتراض سلامته القانونية بإمتناع الطعن فيه قانوناً أو بفوات الميعاد دون حصوله ينفصل الجانب الواقعى فى الحكم عن الجانب القانونى فيه ويكتسى كل منهما بحجية تتفاوت فى درجتها . يظل الحكم القانونى وحده ، قابلا لأن يتحمل مرحلة أخرى من التصحيح هى مرحلة النقض تنصب فقط على أخطاء القانون الواقعة فيه ، غاية الأمر أنه يلزم ـــ وقد استنفدت مرحلة القرائن ـــ التمسك بخطأ محدد وقع بالفعل فى الحكم ، أما الحكم الواقعى فانه يحوز حجية ينحصر معناها فى حظر التعرض له من جانب محكمة النقض مهما شابه من أخطاء ومن هنا فنحن نؤكد ، ان الخطأ فى الواقع ـــ أى فى قرار القاضى بثبوت الوقائع أو عدم ثبوتها ونسبتها أو عدم نسبتها الى المتهم ـــ يصبح من تلك اللحظة خطأ قضائيا بالمعنى الدقيق أيا كانت أسباب وقوعه أو اكتشافه ، لأن القضاء قد قال كلمته النهائية فى الحكم الواقعى الذى حاز الحجية التى تمنع محكمة النقض من التعرض له قط ، ولهذا السبب ذاته فنحن نؤكد استحالة مواجهة هذا الخطأ بالنقض ، ومن ثم لا نوافق على تعليق تصحيح هذا الخطأ على استنفاذ طريق النقض أو فوات ميعاده ، ونكتفى باشتراط أن يكون الحكم نهائيا[1]

فتنظيم النقض لا يختلف عن تنظيم إعادة النظر فى مسألة الميعاد فقط ، ولا فى استقامة أسبابه على أخطاء محددة وقعت فى الحكم فعلا فأعادة النظر وأن تحررت من شرط الميعاد ـــ لطبيعة الأمور ذاتها ـــ فإن أسبابها المباشرة تستقيم كذلك على خطأ محدد وقع فى الحكم ، غاية الامر أن هذه الأسباب لاتظهر إلا بفضل وقائع

(١) قارن نقض فرنسى :

Cass. Crim. 8 avril 1967, Gas. Pal. 1967, J. 11. 40

Gass. Crim. 21 juillet 1960 , J.C.P. 1966, 1V, 135

تنكشف فيما بعد ، وانما يختلف — تنظيما النقض وإعادة النظر — **فى أن** النقض مرصود لمواجهة « أخطاء القانون » وحده ، لتحقيق وحدة القضاء ، ويؤدى الى نقض الحكم ، بينما يرتصد تنظيم إعادة النظر لمواجهة « أخطاء الواقع » لاعلاء الحقيقة الواقعية على الحقيقة الشكلية وتؤدى إلى إصلاح الحكم[٢]

(٨٨) ومع ذلك فإن هذا الخطأ لا ينكشف « عادة » إلا بعد أن يصبح الحكم باتا ، أى بعد أن يكتسب حجية الشيء المقضى ويصبح عنوانا للحقيقة فيما قضى فيه . وفى المواجهة بين تلك الحجية التى يكتسى بها وبين الخطأ الذى يثبت فيه تكون أولى مشاكل الخطأ القضائى . والذى تعتبر أعادة النظر وسيلة رفعه .

ولكى تتضح المشكلة ننوه ، بأن الخطأ القضائى كما يمكن أن يقع ضد مصلحة المجتمع وتكون نتيجته إفلات مجرم من العقاب أو اغتصابه لعقوبة مقررة لجريمة أخف ويؤدى لدى الكافة إلى حالة من خيبة الأمل فى كفاءة التنظيم القضائى بالمعنى الواسع ، فإن هذا الخطأ قد يقع ضد مصلحة المتهم والمجتمع

---

(٢) انظر :

YVES, op. cit. p. 23 et 25.

HELIE, Tratié, op. cit., T. I. p. 518

PENTATIF. op. cit., p. 2

LEMOINE, op. cit. p. 171

ANDRE SADOUL, De la révision des procés crimineis et correctionnels et des indeminties à accorder aux victimes d'erreurs judiciares, Thése, PARIS, 1899. p. 70 et 71

وإن أضاف أن اعادة النظر تهاجم حجية الشيء المقضى فيه . بينما يهدف النقض الى تحصين تلك الحجية لكى تستقيم على تطبيق قانونى سليم ويقينى ولذلك يؤمن المتعصبون للحجية بتنظيم النقض برغم **اسقاطه** للحكم .

بطريقة غير مباشرة . فيؤدى إلى تحميله لعقوبة ربطها القانون للمجرمين وتوجه بها مباشرة الى حياته أو الى حريته وشرفه أو اليها جميعا وهو برىء . هذا الخطأ ينشىء فى نفوس الكافة حالة من « القلق العام » تتجاوز بلا شك مجرد خيبة الأمل

واذا كان التنظيم القانونى يتضمن عدداً من المنظمات القانونية التى يمكن — فى أنبل تطبيق لها — أن تخفف إلى حد ما من آثار هذا الخطأ — فى وجهة الأشد قسوة — فإن هذه المنظمات ينبغى استبعادها تماما عند مواجهة مشكلة الخطأ القضائى ، لأنها أولا لا تتوجه إلى الخطأ القضائى أساسا ، ولأنها ثانيا لا تخفف من الناحية القانونية من هوله .

فالعفو البسيط ، كأجراء قادر على إعفاء المحكوم عليه من « تنفيذ » العقوبة كلها أو بعضها أو ابدال عقوبته بأخف منها يمكن ولا شك أن يلعب — فى تطبيقه النبل — دوراً فى تخفيف آثار هذا الخطأ « بعدم تنفيذ الحكم » لكن الإدانة الخاطئة بكل ما تحمله من آثار ، تظل برغمه قائمة قانونا فضلا عن ذلك فإن هذا العفو ليس « حقا » للمحكوم عليه خطأ ، وانما هو محض « منحة » للسلطة التشريعية أو التنفيذية — كما فى مصر — لكنه لا ينتسب أبداً الى السلطة القضائية ، غاية ما يمكن أن يعلق على هذا الاجراء هو استخدامه كاجراء مؤقت حتى صدور الحكم فى إعادة النظر[1] .

(١) أنظر :

LOUIS JARDIN, op. cit., p. 12.

PINATEL. op. cit. p. 1

VITU. Traité. op. cit. p. 1207

YVES. op. cit. p. 26 et 27

GARRAUD, Traité . op. cit., p. 552

LE POITIENVIN, Rapport sur la demande en révision M. LE dans la loi de 8 juin 1895, Thése, PARIS, 1901, p. 8

استاذنا الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة نظريا وعمليا ، ١٩٧١ ، ص ١١٨٥

أما العفو الشامل فكالعفو البسيط ، ليس اجراء قضائيا ، وليس حقا للمحكوم عليه ، بل هو إجراء تشريعى فى أساسه غير شخصى يمنح بصفة جماعية أو فردية فى أحوال نادرة — غالبا سياسية — ومن شأنه أن يمحى صفة الجريمة فى الفعل الذى حدده بصفة استثنائية ولضرورة استدعتها . فلا يصبح **الفعل الذى وقع فعلًا من بعده جريمة — مع بقاء النص المجرم على حاله بالنسبة للمستقبل — وتصبح الادانة التى كانت قد صدرت من أجله كأن لم** تكن وفضلا عن ذلك ، فان العفو الشامل يرد على المذنبين بالمعنى الدقيق ولا ينفى الادانة المعنوية التى وصمت المتهم بإعتباره مرتكبا لفعل تكوّن جريمة عند إرتكابه فى الوقت الذى كان هذا الفعل ذاته لم يقع أو لم يقع من المحكوم عليه ، الأمر الذى يبرر ولا شك منح « الحق » فى أعادة النظر برغم العفو الشامل ، لتبديد الشك الذى يكون حول سمعته[1] . وهو ما يجرى عليه القضاء الفرنسى[2]

وأخيرا فإن إجراء رد الأعتبار ، وهو إجراء يهدف الى رفع الآثار الجنائية التى رتبها الحكم الصادر بالادانه لا علاقة له بالادانه ولا أثر له على تنفيذها ، لأنه يفترض سلامتها ، وإنما يهدف الى تخفيف المتهم من الأثار الجنائية التى رتبتها الادانة الصحيحة ، والتى قد تعوقه فى استعادة مكانته فى المجتمع[3].

---

(١) انظر :

YVES, op. cit., p. 27 et 28

PINATEL, op. cit. p. 2

GARRAUD, Traité, op. cit., T.V., p. 553

رمسيس بهنام ، ص ١١٨٧

(٢) Cass. Crim. 26 Avr. 190. S. 1904 J. 377

(٣) انظر :

YVES, op. cit., p. 28

PINATEL, op. cit. p. 2

GARRAUD, Traité, op. cit. T. V. p. 553

— رمسيس بهنام ، ص ١١٨٨

استطردنا لنستبعد من الذهن المنظمات التى قد تخفف فى بعض الأذهان من هول المشكلة ولنواجه هذا الخطأ بحجية الشيء المقضى فيه لنرى الانعكاسات الصحيحة التى يمكن أن يلقى بها هذا المبدأ على الحق الحتمى للمحكوم عليه فى اعادة نظر دعواه وهو موضوع الفصل الثالث من هذا الباب .

الفصــل الثانى

الارتبـاط التاريخـى بين الخـطأ القـضائى

واعـادة النظـر

(٨٩) لم يستطع الفكر القانونى أن يستشعر التفرقة بين الخطأ فى الواقع والخطأ فى القانون الا ابتداء من أواخر القرن السادس عشر ، فى أغلب النظم القضائية البدائية ، كان الشعب يقوم بها بنفسه ، أو يصدرها الملوك بمقتضى ما كان لهم من حق آلهى . وفى ظل تلك الأوضاع كان « الطعن » بأنواعه محظوراً ، ولم تجد فكرة الخطأ بالتالى مجالا للظهور . وقد ظهرت فكرة « الطعن » فى الحكم فى الوقت الذى تطورت فيه النظم السياسية والاجتماعية متجهة نحو المركزية ، والنظم القانونية نحو فكرة التدرج ، ورصد القاضى الأعلى لتصحيح الأحكام « الخاطئة » أو « السيئة » الصادرة من القاضى الأدنى[1]

---

(١) فى المعنى :

LOUIS JARDIN, op. cit., p. 19 et 20

وبرغم ما قد يبدو للوهلة الأولى من أن التشريعات القديمة لم تتضمن ما يمكن إعتباره أساسا لفكرة الخطأ فى الواقع لأن حجية الشيء المقضى فيه كانت — من الناحية الواقعية — معروفة فيها . الا أن تلك التشريعات قد عرفت — مع ذلك — عددا من الاجراءات التى كانت دائما مرصودة لتصحيح هذا الخطأ . صحيح أن أحدا فى الفقه لم يهتم ببيان الأسباب التى كانت تتأسس عليها تلك الاجراءات — وأن شاعت فكرة « الظلم » فى كتاباتهم . إلا أن استقراء تلك الاجراءات يبرز أن فكرة الخطأ كانت تعنى « تكذيب الحقيقة الواقعية للحقيقة التى أعلنها الحكم » ، سواء لابتناء الحكم على مستندات مزورة أو شهادات كاذبة ، أو اكتشاف دليل حاسم ، أم لتقرير عقوبة متجاوزة فى قسوتها . أما فكرة الخطأ فى القانون ، فظهورها يتوقف على إرتباط القضاء بقانون منظم ، هذا الارتباط لم يتحقق الا فى فترة حديثة نسبياً ، الأمر الذى يدفعنا الى إعتبار تلك الاجراءات أساسا تاريخيا للطعن باعادة النظر الذى هو مرصود فى العصر الحديث لتصحيح الخطأ فى الواقع . فضلا عن ذلك فان الطابع الاستثنائى لتلك الاجراءات وورودها على الأحكام النهائية ، يجعل من هذه الدارسة دراسة لحجية الشيء المقضى فيه فى التشريعات القديمة ، كما يبرز فى الوقت ذاته كيف كان الشعور الانسانى حتى فى أعتى فترات الظلم يأنف من تثبيت الادانة الظالمة[1] .

---

(١) فى التشريعات الهندية القديمة كانت الأحكام من حيث المبدأ تحوز حجية الشيء المقضى فيه فيما عدا الاحكام الظالمة وكان الملك يقضى فيها بنفسه من جديد . ويكشف العهد القديم عن ان الاحكام فى التشريع الجنائى لدى اليهود كانت تحوز هى الأخرى حجية الشيء المقضى فيه ومع ذلك كان للكافة لدى تنفيذ الحكم اثبات خطأ القاضى وبراءة المتهم . فيلغى الحكم ويعاد نظر الدعوى من جديد . وفى التشريعات اليونانية القديمة كان للاحكام ذات الحصيصة لكن الطعن فيها كان جائزا بشرط ادانة الشاهد الزور الذى تسبب فى ادانة الطاعن

انظر نصوص التشريعات لدى :

Louis Jardin, op. cit., p. 21 et 22

(٩٠) فى القانون الرومانى كان إجراء le leges actoi sacramenti اقدم إجراء للتقاضى فى عصر الجمهورية سواء فى القانون المدنى أو الجنائى : من حيث الشكل كان مبارزة duel بين الخصوم تتم على درجتين يقوم « البريتور » magistrat بتحديد الصياغة القانونية للنزاع ، أما القضاء فى موضوعه فكان يتم أمام القاضى juge الذى كان يختاره الخصوم وقد كان الخصوم يتفقون مقدما — صراحة ثم ضمنا — على قبول الحكم وإيداع النزاع نهائيا فى يد القاضى ، ولذلك لم يكن قابلا لأى طعن ، ومع ذلك فان الخطأ أو الاهمال الذى كان يمكن أن يقع فى الصياغة القانونية كان للبريتور وحده الحق فى إصلاحه إن شاء وفى أى مرحلة كان عليها النزاع[1]

وشيئا فشيئا ، بدأت السلطة العامة تشعر بقوتها ورغبتها فى تنظيم المبارزة — التى أصبحت مجازية — بين الخصوم وضمان شرفها وحسن النية فيها[2] . لكن

---

(١) انظر :

Péan, op. cit. p. 157 et 153

وجدير بالذكر ، أن هذا الاتفاق كان عقدا حقيقيا

Situt in sutpulatione centrabitur, in judico contrabi

وهو الميلاد الحقيقى لمبدأ حجية الشىء المقضى فيه والمعبر عنه لدى فقهاء الرمان

Res judicata pro veritata acciptur.

والذى رتبته الفطرة الرومانية فى احترام الإرادة الصريحة ثم الضمنية للمتعاقدين ، قبل ان تستشعر نفعيتها العامة . ومع ذلك يرى البعض

Louis Jardin, p. 23

ان حجية الشىء المقضى فيه تفترض تشريعا منظما ، وفى هذا الوقت كانت الجريمة والعقوبة متروكة لهوى القضاء (ملك — مستشار) ثم من بعد للشعب بذات الخصيصة . وبذلك فان الحكم لم يكن سوى تشريع يتحدد به موقف شخص معين تجاه واقعة معينة وفى هذا مايؤكد مع الأول وجودها فى المواد المدنية فقط . والواقع أن حجية الشىء المقضى فيه كانت هنا واقعية لاقانونية ، ولايقصد باثباتها هنا الا إثبات عدم قابلية الحجم للطعن وهو ما يسلم به الرايان .

(٢) Pèan op. cit. p. 160 .

ويلاحظ أن السلطة العامة بدأت بالفعل فى بداية العصر الاقطاعى ، فى السهر على حياد وحسن نية القضاة ، فاذا أخل القضاة بهذا الشرط — كحالات الرشوة ، التحيز ، الضغينة ، أو الغش عموما — صدر =

القانون الجنائى — بمعنى الكلمة — لم يبدأ فى الظهور الا منذ الوقت الذي اكتسبت فيه روما حريتها السياسية ، حيث تدخلت الدولة مباشرة فى أمر الجريمة[1] ، وان ظلت الخصومة الجنائية ، على مدى عهد الجمهورية — مكتسيه بمظهر الخصومة المدنية[2] . غاية الأمر أن القاضى الحقيقى للمواد الجنائية كان هو الشعب نفسه ، يقضى فيها فى les comtces par centuries ، أو من بعد — فى les comices tributes ونادرا ما كان يزاول القضاء بنفسه ولكن بواسطة قضاة حقيقين من مختلف quoestions perpetuoe[3] وقد كانت الأحكام تصدر من حيث المبدأ نهائية ، ومع ذلك فقد عرف العصر الجمهورى إجراءين لرفع الأخطاء القضائية من الادانة الجنائية .

أما الأجراء الأول فهو l'intercessto وكان للخصم بمقتضاه أن يتظلم من

= الحكم فاقدا قوته التنفيذيه : منعدما بقوة القانون ، كما اصبح للخصوم الحق فى معارضة تنفيذ الحكم أو إثارة بطلانه قبل تنفيذه ، إذا كانت الصياغة متجاوزة ، أو كان احد الخصوم قد ارتكب غشا ، وكذلك اذا تكشف خطأ الحكم أو ظلمه ، كثبوت الغش فى المستندات أو الشهود التى استقام عليها الحكم .

(١) انظر :

Louis Jardin, op. cit., p. 23 et 24

Péau, op. cit. p. 162

وكان تدخل الدولة متدرجا ، فقد أعطت الجريمة فى البداية لضحيتها الحق فى الثأر الى جانب التعويض المدنى . لكن الدولة كانت تتدخل مباشرة فى الحالات الأكثر جسامة (كالقتل والحبس والحريق والعيب فى الذات الملكية) لتربط لها الى جانب العقوبة الخاصة عقوبة عامة (الاعدام — النفى — الحبس — المصادرة — الغرامة)

(٢) انظر :

LOUIS JARDIN, op. cit., p. 24

PEAN, op. cit. p. 162

كان يقوم بالاتهام ، أحد المواطنين ، دون تحقيق ابتدائى أو حبس احتياطى وبحرية كاملة فى تقديم الأدلة والتأثير على الشهود . هذا النظام برغم ما حققه من مساواة بين الخصوم فى الاثبات ومن ثم حرية فى الدفاع ، الا أنه مناخ صالح للبلاغات الكاذبة ولعدم عقاب الأقوياء .

(٣) انظر :

PEAN, op. cit., p. 163 et 164

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 23 et 24

الحكم الذى أدانه أمام سائر المستشارين من ذات درجة المستشار الذى أصدر الحكم أو الأعلى منه ، ليحصل على اعتراضهم على تنفيذ الحكم عليه . ووجودهم كان من حسن الحظ ضروريا لتنفيذ الحكم — فيفقد الحكم بذلك قوته التنفيذية وتتحقق حماية ضحية الخطأ بالتالى[1]

اما الاجراء الثانى فهو provocatol ad populun. وكان للمواطن الذى يحكم عليه بالاعدام دعوة الشعب — القاضى الحقيقى للقانون الجنائى — لاجراء نوع من مراجعة الدعوى [2]

هذا عن القانون الرومانى فى عصر الجمهورية ، أما فى عصر الامبراطورية فقد كان للنظام السياسى — فى تخصص المؤسسات وتدرجها وتركز السلطة فى يد الامبراطور — تأثيره على التنظيم القضائى ونشوء فكرة التدرج فالطعن[3]

(١) انظر :

PEAN, op. cit., p. 161
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 24

ويلاحظ أن هذا الاجراء لم يكن اعادة نظر ، وإنما كان نوعا من الاعتراض على تنفيذ الحكم فقط

(٢) انظر :

PEAN, op. cit., p. 164
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 24

ويلاحظ أن إجراء اخر وجد فى العصر الجمهورى هو

l'in integrum restitutio

وكان لا ينطبق الا على القانون المدنى ، وهو عفو استثنائى يتمتع المستشار فى منحه بحرية مطلقة . وبمقتضاه يبطل العقد وتعاد الاشياء الى ما كانت عليه قبل الحكم . وكان ذلك كفيلا باستبعاد سائر الاخطاء القضائية فى المواد المدنية .

LOUIS JARDIN, op. cit., p. 24.
PEAN, op. cit, p. 161,

(٣) انظر :

LOUIS JARDIN, op. cit, p. 26
PEAN, op. cti. p. 165

ويلاحظ ان المستشارين كانوا قد ابتلعوا سلطات القضاة الى أن اندمجت السلطات فى يد المستشارين فى عصر Dioclation

بالنسبة للقضاء الجنائى ، استمر القضاء بنظام quoestiones perpetuoe لكنه كان خاضعا للرقابة الشخصية للامبراطور الذى كان غالبا يشهد الجلسات وانتزع من إختصاصهم الجرائم السياسية لتكون من إختصاص Sénat وخلق فوقها قضاء الأمير La juridiction du Prince ، والذى كان يتشكل من أصدقاء الامبراطور ومستشاريه . وهكذا كان القضاء الجنائى فى مصر الامبراطورية ، يصدر بواسطة مفوض الأمبراطور باسمه وتحت رقابته . وكان الطعن جائزا لدى القضاء الأعلى من القضاء الأدنى[١]

ويمكن فى عصر الامبراطورية أن نضبط اجراءين خصصا لمواجهة الاخطاء الواقعية . أما الأول إجراء L'in integrum restitutio يصلح القضاة بمقتضاه أحكامهم إذا اكتشف أنها تأسست على مستندات كاذبة أو شهادة مزورة ، أو اذا كان قد وقع من الخصوم غش أو خطأ ، أو اذا اكتشفت مستندات حاسمة[٢] أما الاجراء الثانى فهو la voie de la supplicatio وكان يعطى للمحكوم عليه بحكم نهائى طريقا يسمح بمراجعة الادانة واصلاح الحكم ، وبهذا ورث الامبراطور اجراء provocation ad populum الذى كان يمارسه الشعب فى عصر الجمهورية[٣] . ولعل فى ذلك العرض ما يثبت أن الخطأ القضائى كان يجد فى القانون الرومانى دائما طريقا للعلاج برغم اعترافهم الواقعى بحجة الشىء المقضى به .

(٩١) ولم يكن الحال فى القانون الفرنسى القديم بمقترق عما كان الحال عليه فى روما فى البداية فقد كانت الخصومة المدنية والجنائية فى غالب الاحوال مبارزة حقيقية ، وكانت نتيجتها تعتبر حكم الله فى النزاع ولا تقبل بالتالى طعنا ما وظل

---

(١) انظر :

PEAN, op. cit, p. 166 et 167
LOUIS JARDIN, op. cit, p. 26

(٢) ، (٣) انظر :

PEAN, op. cit. p. 166
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 26

الحال كذلك فى مرحلة الاقطاع والتى كان العدل فيها ينطبع بطابع العجز أمام عسف الأقوياء بأقدار الضعفاء[1] . ومع ذلك فقد شهدت هذه المرحلة نشأة الشكل الأول للاستئناف ، فكان بيد Le Vassal أن ينتقد الحكم الذى أصدرته المحاكم الاقطاعية ، وذلك بتحدى القضاة الذين أصدروه « لقد أصدرتم حكما كاذبا وسيئا كالسوء الذى يكمن فيكم » وبمقتضى هذا التحدى يعاد نظر الدعوى لكن يلاحظ أن المستأنف الذى كان لا يقدم البرهان على دعواه ، أو الذى يخسرها ، كان عرضة للاعدام[2]

وفى العصر الملكى ، ابتدع Phillipe Auguste فى سنة ١١٩٠ القضاء الملكى من Le bailles والمتفرقين على المقاطعات للقيام بمهمة إصدار العدالة ، وكانوا

---

(١) انظر :
Péan, op. cit. p. 168 et s.
ويلاحظ أن الخصومتين المدنية والجنائية كان لهما ذات الطابع . عدا التفاصيل التى تفرضها طبيعة الاشياء ، فكان قضاء seigneurs على leurs vassanx nobles وعلى الرجال الأحرار غير النبلاء ، وعبيد الأرض les serfs وكان الاخيرون تحت رحمة أسيادهم تماما فلا قانون يربطهم سوى تحكم selgneurs ولم يكن يقضى فيهم بواسطة اقرانهم لأن تلك ميزة لا يحظى بها سوى aux hommes de fiel وكانت المبارزة — عدا حالة التلبس بالجريمة — هى الطريق الطبيعى لوضع حد للنزاع
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 30

(٢) انظر على وجه الخصوص :
PEAN, op. cit. p. 170
وانظر :
ROBERT, FAZY, De la révision en matière pénale, Thése GENEVE, 1899, p. 2 et s.

يستدعون أمامهم بعض الدعاوى ــ كالمتعلقة بالذات الملكية ــ لنظرها ، بل كانوا يستدعون أمامهم ، بالنسبة لبعض الأحكام ، المتقاضين والقضاة لنقض تلك الاحكام وأصلاحها ، كما شكلوا بالنسبة prévot ــ وكان الملوك فى بداية العهد الاقطاعى قد كلفوا هؤلاء بمهمة إصدار العدالة فى مناطقهم ــ العناصر الأولى للتدرج الذى يجلس الملك فى قمته ، وكانوا بذلك سببا فى تعميم وتنظيم طرق الطعن.[١]

وبانتهاء عصر القوة ، وتغلغل التقاليد الرومانية فى نفوس الملوك الفرنسيين ، وبظهور فكرة تمثيل الملك للمصلحة العامة والتزامه بتوفير الأمن والعدل للجميع ، كانت تستأنف أمامه أحكامه التى أصدرها هو نفسه أو التى أصدرها موظفوه أو التى صدرت من قضاة Segineuriales بسبب ما قد تتضمنه من « ظلم أو غدر » . غاية الأمر ان الطعن فى أحكامه الذاتية أو أحكام موظفيه لم تكن تتم بطريق الاستئناف وإنما بطريق la voie de supplication الذى كان يوجه الى الملك نفسه تارة أو الى من أصدر الحكم لاصلاحه مع إستمرار الملك فى تلك الحالة الملجأ الأخير[٢]

ولم يستطع الملك لتعقد الدعاوى وتعددها أن يتصدى لها الى جانب وظائفه الأخرى ، فاضطر الى تفويض سلطاته القضائية[٣] وأنشأ بأمر سنة ١٢٧٧ برلمان باريس « المؤقت » والذى أصبح بأمر Phillip le Bel سنة ١٣٠٢ محكمة دائمة

---

(١) انظر :

PEAN, op. cit., p. 171
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 31 et s.

(٢) انظر :

PEAN, op. cit., p. 172 et s
LOUIS JARDIN, op. cit, p. 13 et s.

(٣) ويلاحظ أن الملك لم يفوض سلطاته القضائية ، فقد كان هناك نوعان من القضاء : القضاء المفوض والقضاء المحجوز للملك نفسه . وبفضل هذا القضاء المحجوز كانت مجموعة خطابات العفو المعروفة فى التاريخ : الخطاب المختوم ، واقتراح الخطأ ، وإعادة النظر ، والالتماس المدنى .

ونهائية تقوم بمهمة القضاء باسم الملك وتحت رقابته بل ورئاسته . لكن حضور الملك شخصيا صار مع الزمن نادرا ، فكان يفحص الطعن الذى يوجه اليه فى أحكام برلمان باريس أو المحاكم النهائية بسبب ما يدعى فيها من ظلم أما فى « مجلسه » ، وأما أن يحيله الى ذات المحكمة التى أصدرته وقد مورس هذا الطعن فى عهد Phillip le Long تحت اسم les lettres de grace de dire contre Les arrets لكنه اتخذ بعد ذلك — من سنة ١٣١٣ — اسم اقتراح الخطأ Les lettres de proposition d'erreur (١)

ويقف اقتراح الخطأ ، كطريق لتصحيح الخطأ القضائى ، علامة بارزة فى تاريخ الطعن باعادة النظر لكنه لا شك فى أن هذا الطريق كان نوعا من « العفو » خاضعا للملك ويواجه أساسا « أخطاء الواقع » وان كان هذا لا يمنع أنه قد استخدم فعلا حتى القرن السادس عشر لمواجهة أخطاء الواقع والقانون معا(٢) . وقد عرضنا فيما سبق للنزاع الذى ثار بين البرلمانات ومجلس الملك بسبب التوسع فى استخدام اجراء اقتراح الخطأ على أحكامهم النهائية بالاضافة الى اجراء

(١) انظر ما سبق فى النقض . وانظر :

PEAN, op. cit., p. 175 et 176

FAZA, op. cit. p. 4 et s.

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 32 et 35

PEAN, op. cit., p. 178

(٢) انظر :

ALBERT DESJARDINS, La révision des procés criminels, Rev. des deux monds, 1899 , p. 755

YVES, op. cit. p. 39

ANDRE SEVESTRE : De la révision des procés crimineles et correctionnels et des indeminité à accorder aux victimes d'erreurs judicaiaires, thése, PARIS, 1899, p. 37 et s.

ويرى الأخيران ان اقتراح الخطأ كان أقرب الى النقض الحديث منه الى اعادة النظر . لأنه كان يتقيد بميعاد محدد يبدأ من تاريخ الادانة الاولى . وكان استخدامه لايجوز سوى مرة واحدة . عكس ذلك :
Fasy, op. p. 7 et s.

إنه كان طريق لاعادة النظر بالمعنى الدقيق مخصصا أساسا للخطأ فى الواقع . واستدل على ذلك بالشروح التى قيلت على الاوراق القديمة

التصدى والتوسع فى نظام الخطام المختوم والتى رأت فيها البرلمانات اتجاها للنيل من قوتها والتقليل من حجية أحكامها ، فقاومت الأوامر الملكية ، وقهرا لتلك المقاومة اعترف بأمرى ١٥٧٩ ، ١٥٩٧ بالعادة التى جرى عليها الخصوم فى إستخدام إجراء اقتراح الخطأ فى اللجوء إلى مجلس الملك بسبب اخطاء القانون . غاية الأمر أن إجراء خاصا قد رصد لهذا الأخير وهو الإلتماس[1] .

وألغى طريق إقتراح الخطأ بأمر ١٦٦٧ . وجاء طريق إعادة النظر les lettres de révision ليحقق فى المواد الجنائية بأمر ١٦٧٠ ذات الغرض الذى كان يحققه اقتراح الخطأ ، ويتسم بذات طبيعته « عفو » يترخص الملك فى إصداره .

وقد كان هذا الطريق مخصصا هو الآخر « للخطأ فى الواقع » لكن الواقع أن هذا الطريق لم يكن محلا لأى تضييق فيما يتعلق بأسباب أصداره ، فامتد حتى شمل سائر الوسائل التى يمكن أن تثبت براءة المحكوم عليه ، سواء توافر هذا السبب فى جانب القاضى (ظلم . جهل . خيانة) أم فى جانب الخصوم (اساءة الدفاع . الغش . التزوير) وكان يكفى أن يثير هذا الخطأ شكا معقولا فى براءة المحكوم عليه[2]

---

(١) راجع ما سبق فى النقض (بند ٥٢) . وانظر :

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 33

(٢) انظر :

FAZY, op. cit., p. 11 et s.
YVES, op. cit., p. 40
SEVESTRE, op. cit. p. 42 et s
PEAN, op. cit., p. 183 et s.
DESJARDIN, op. cit . p. 756 et s.

انظر :

BOUZAT, op. cit. p. 1459
VITU, op. cit, p. 1206 et 1207
ROMEIRO. op. cit. p. 262

(٩٢) ومع تشريعات الثورة ، ألغيت إعادة النظر تماما — بالنسبة للاحكام التى تصدر فى المستقبل — فى ١٧ أغسطس ١٧٩٢ ، فقد اعتقد بأن مشرع ما قبل الثورة صرح باعادة النظر وحررها من كافة الشروط لأنه كان يدرك ضعف وسائله لا سيما فى ظل نظام الدليل القانونى والاجراءات السرية والتحقيقات المكتوبة أما مشرع الثورة فان وسائله لقادرة على إدراك الحقيقة ذاتها . فعلنية الجلسات وشفهية المرافعات وضمانات حرية الدفاع قادرة على الغاء فرص الخطأ . ثم هناك المحلفون وهل يخطأ القضاء الشعبى ؟ ثم أن تلك الاجراءات الجديدة ذاتها — لاسيما شفاهة المرافعات وصدور حكم المحلفين بلا أسباب نتيجة الشعور المعنوى المتكون أثناء المرافعات — من شأنها أن تجعل من الصعب ضبط الخطأ فى نظام يعتمد أساسا على المرافعات الشفهية . وفى النهاية كان مشروع الثورة يكره فكرة القضاء المحجوز كوسيلة كانت للتركيز والاطلاق ، فألغى — دون تفرقة — سائر تطبيقاتها[1] .

والواقع أن ذلك الاعتقاد كان قاصرا ومغرورا . فالغاء القضاء المحجوز ، لم

---

(١) انظر :

E. GARÇON, Des effets de la révision des procès criminels, Extrait du Journal des Parquets, PARIS, 1903 , p. 7. 22 et 23

ويرى أن إدخال فكرة المحلفين كان تقليدا للانجليز . فحكم المحلفين هناك دائما نهائى ويرى من الضمانات التى تسببت فى هذا الموقف ، تقرير حق المتهم فى استصحاب محاميه وحضور الجلسات ، وتنظيم المحلفين وكان عددهم ١٢ . يصدر الحكم بأغلبية عشر منهم . وللمحكمة اذا كانت مقتنعة بخطئهم أن تضم ثلاثة اليهم ويصدر الحكم بأغلبية $\frac{٤}{٥}$

وانظر :

SEVESTRE, op. cit., p. 5. 73 et s.
LE POITTEVIN, op. cit., p. 964
SADOUL , op. cit., p. 69 et s.
DESJARDIN, op. cit., p. 757
YVES, op. cit, p. 40 et 41
PAZY, op. cit, p. 26

يكن يستدعى بالضرورة إلغاء إعادة النظر ، لأنها كانت بصرف النظر ومن الناحية الفنية تنظيما ناجحا ومفيدا . أما الصعوبة العملية فلم تكن إستحالة وأخيرا فقد لطمت الحوادث المشرع الفرنسى فى تصوره لعصمة المحلفين ، لطمة أحالت هذا الاعتقاد الى وهم مطلق ، فد أصدر محلفو الثورة حكمين متعاقبين ضد شخصين لنفس الواقعة التى وقعت من فاعل واحد دون اشتراك . وبنا على هذه اللطمة صرح ديكرتو ١٧ مايو ١٧٩٣ باعادة النظر فى حالة تعارض الادانتين[١]

وصدر قانون الجرائم والعقوبات لسنة ١٧٩٥ صامتا فى صدد إعادة النظر وقيل بأن هذا القانون قد إلغى الديكروتو السابق — تفسير محكمة Bas Rhin — لكن محكمة النقض قررت بأن هذا الديكرتو ظل ساريا برغم صمت قانون الجرائم والعقوبات ، لأنه لم يلغه صراحة وليس فيه ما يتعارض معه[٢] .

وجاء قانون ت.ج. الفرنسى ليعترف بقابلية المحلفين للوقوع فى الخطأ ، ويصرح بأعادة النظر فى حالات الدليل الحسابى على الخطأ والتى قرر هذا القانون توافرها فى حالات ثلاث : وجود المدعى قتله حيا — تضارب الادانتين — الشهادة الزور .

وأخيرا وبناء على حادثة مشهورة اعترف المشرع الفرنسى بقصور القانون السابق ، واعترف بنظرية الدليل المعنوى على الخطأ القضائى ذلك هو قانون ١٨٩٥ فى شأن « الواقعة الجديدة » .

(١) انظر :

PAUL MONGIBEAUX, Des solution apporteés en droit pénal français au problème de l'erreur judiciaire (Révision et Réparation). Thèse POITIERS, 1906 , p. 63 et s.

PRAN, op. cit, p. 62 et s.

SEVESTRE, op. cit. p. 70 et s.

(٢) انظر :

Arrèt du 9 vendeniouries IX
FAZY, op. cit. p. 28 et 29
LE POITTEVIN, op. cit. p. 947

الفصـل الثالث

حجية الشيء المقضى فيه وتصحيح الخطأ القضائى

(٩٣) فى حالة اكتشاف خطأ قضائى فى الحكم — أى خطأ فى ثبوت الواقعة أو فى نسبتها إلى المحكوم عليه — بعد أن يكون هذا الحكم قد اكتسب بالفعل قوة الشيء المقضى فيه . يبرز السؤال التالى : هل تسقط هذه القوة أمام هذا الخطأ بحيث يكون للمحكوم عليه « الحق » فى أن يرفع الأمر إلى القضاء للتعرف على خطئه أم نتجاوز عن هذا الخطأ فتظل للحكم قوته تحقيقا للاعتبارات التى تعبر عنها فكرة قوة الشيء المقضى فيه ؟

وفى الحق ، فان الفصل فى هذه المشكلة يعتبر من أعقد مشاكل هذا البحث وأكثرها دقة ، لأن مواجهة المبادىء التى تسيطر عليها — كما يراها الفقه — تعتبر

مقابلة بين مبدأين يصل كل منهما فى أهميته الى حد الحتم وفى تطبيقهماالكامل الى حد التناقض أى إلى حد استحالة التوفيق بينهما : مبادىء العدالة ، وهى تعطى للمحكوم عليه خطأ الحق ــ بصفة مطلقة ودائمة ــ فى المطالبة باصلاح الخطأ الذى وصمه . وحق المجتمع فى تحقيق الاستقرار الجماعى ، بين أرجائه ، بما يستتبعه هذا الحق من قفل باب القضاء نهائيا فى وجه النزاع الذى اكتسى الحكم الصادر فيه قوة الشىء المقضى فيه .

وقديما كان مسلما بأن الفرد هو غاية كل القوانين ، وأن « حقه الطبيعى » قادر على طمس أى « مصلحة عامة » لأن تلك الاخيرة لا يمكن ــ بحال ــ أن تصبغ الشرعية على أى انكار لهذا الحق مهما كانت حتميتها[1] . ولئن كان هذا القول قد أصبح اليوم ــ بسبب بعد التيارات الفكرية ــ فى عداد التاريخ ، فانه لم يزل عمدا لا يجوز مساسه فيما يتعلق بالفلسفة التى يستقيم عليها قانون الاجراءات الجنائية . فغاية ما يمكن أن تلعبه تلك التيارات فى نطاق القانون الجنائى ، هى أن يهتم بها علم سياسة التجريم ليدعو على أساسها الى توسيع دائرة التجريم أو تضييقها الى استبدال العقوبة نوعا أو رفع قدرها كما أو خفضه ، ولا مجال لها فى أبعد من ذلك . ومن جهة أخرى ، فقد سبق ونوهنا بأن هدف الاجراءات الجنائية والفلسفة التى يستقيم عليها هو أن يجعل من الخطأ القضائى « حادثة » ولذلك فان قواعده فى المراحل الاولى لاعداد الحكم واصداره ــ مرحلة التحقيق ومرحلة الحكم بدرجته الاولى والثانية تتوجه لاقامة شبكة وقائية من الاجراءات : فاذا كانت الادانة لم تصدر بعد ، أو إذا لم تكن قد أصبحت غير قابلة للطعن فان فى التحقيقات والمرافعات وطرق الطعن المتاحة ما يكفى لرفع هذا الخطأ وبالتالى توقى صيرورته نهائيا فى الحكم . ولكن الامر يختلف إذا كان

---

(١) انظر :

Mongibeaux, op. cit., p. 14

انظر :

Péan, op. cit. p. 43 et s.

ومختلف الاراء التى قيلت فى مجلس الشيوخ الفرنسى عند مناقشة المشكلة وكلها تؤكد ما فى المتن .

طرق الطعن قد استخدمت بالفعل عبثا ، أو كان استعمالها لم يعد متاحا بعد . اذ يقال هنا أن الحكم قد حاز قوة الشيء المقضى فيه أى أصبح العنوان العملى للحقيقة فى الادعاء الذى قضى فيه لأن القضاء قد قال فيه كلمته الاخيرة[1] . وبالتالى أغلق بابه فى وجه هذا الادعاء نهائياً ، لأن المجتمع لا يمكن أن يدع نزاعا فيه متدفقا إلى ما لا نهاية ،فذلك من شأنه أن يهيج الحقد الشخصى بين أفراد المجتمع ، ويفرق فى عائلاتهم ويكدر الأمن الجماعى بينهم ويضعف من روابط الوطنية فيهم ويوهن لديهم أخلاقياتهم ، ويبدد ثروات الدولة على حد تعبير البعض[2] . ولذلك فقد عرفت التشريعات الناضجة قديمة وحديثا مبدأ حجية الشيء المقضى فيه وربطته بالحكم القضائى فى لحظة معينة ، لتجعل منه عنوانا للحقيقة فى الادعاء الذى كان موضوعاً لهذا الحكم[3]

(٩٤) وتعنى حجية الشيء المقضى فيه ببساطة ، أنه طالما كان الحكم ثمرة اجراءات قانونية استنفدت فيها طرق الطعن المادية أو لم تستخدم ، فانه يكون عنوانا للحقيقة ومن ثم قابلا للتنفيذ بحالة ، أيا ما كانت الانتقادات المضادة لمضمونه ، وهذه ما تسمى بالحجية الشكلية للحكم كما أن الوقائع التى كانت أساسا للادعاء الذى صدر الحكم فيه ينسحب كل اختصاص للقضاء عليها فلا يجوز أن تكون من بعد محلا لفحص جديد ، وهذه ما تسمى بالحجية المادية للحكم بعبارة أخرى ، تنصب الحجية على الاجراءات القانونية التى صدر الحكم على أساسها أو فى ظلها ، فتضفى الشرعية — كقرينة بطبيعة الحال — على سائر نشاط القاضى ، كما تنصب على أساس النزاع أى على وقائع الادعاء فتضفى على

---

(١) انظر :

YVES, op. cit. p. 29
DESJARDIN, op. cit. p. 941

(٢) انظر :

PEAN, op. cit. p. 8

(٣) انظر :

BARDOT, op. cit., p. 81
SEVESTRE, op. cit., p. 3

الحكم الصادر فيها قرينة الحقيقة أى قرينة على صحة ما جاء فيه من قضاء[1] .

وتنعكس حجية الشيء المقضى فيه على القضاء ، فتحظر عليه بتاتا أن يعود من جديد للادعاء الذى صدر فيه الحكم ، حسن القضاء فيه أو ساء ، وليس له على وجه الخصوص تعديل الحكم الذى صدر إلا بالطرق القانونية للاصلاح . كما تنعكس هذه الحجية على الخصوم ، فلا يجوز لهم اعادة حمل الدعوى إلى القضاء من جديد ، للخطأ فى القانون أو فى الواقع أو للقضاء السيء سواء[2]

(٩٥) وقد استقامت حجية الشيء المقضى فيه فى الفقه على عدد من النظريات . فاستقامت أولًا على نظرية الحيلة ومقتضاها أن الحكم القضائى النهائى الذى تصدره سلطة الدولة ، بعد اجراءات قانونية ، يحوز القرينة على تحقيق العدل المطلق وبلوغ الحقيقة المادية : فيفترض أن الخصم قد حصل على الحل الذى تتطلبه مقتضيات العدالة وتنتظره المصلحة الاجتماعية من أجهزة الدولة ، ومن ثم فان منازعة ما لا تجوز ادعاء بعسف الادانة أو بعدم استحقاق البراءة[3]

---

(١) انظر :

YVES, op. cit., p. 30
MARTIN, op. cit., p. 18 et s.
LOUIS JARDIN, op. cit., p. 11

(٢) انظر :

MARTIN, op. cit., p. 21

(٣) وهذه هى أقدم النظريات على الاطلاق ، لقيت ظهورها الأول على يد الفقيه الرومانى ULPIEN فى كلمة Res judicato pro veritate accipitur
ولقيت من بعدها تطورها على يد SAVIGNY
انظر :

YVES, op. cit. p. 39
MARTIN, op. cit., p. 18
SEVESTRE, op. cit., p. 4
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 11
VITU, op. cit, p. 1213
GORPHE, op. cit., p. 59

وقد حاول الفقه الالمانى — تحت تأثير الأفكار المتطورة للفقه الفرنسى فى مرحلة الثورة — تأسيس الحجية على نظرية أسماها « بالعدالة » l'equité ، ومقتضاها ، أنه إذا كان صحيحا أن الاجراءات الجنائية ينبغى دائما ان تتجه للتعلق بالحقيقة المادية ذاتها ، فانه من الصحيح كذلك أن تتوقف تلك الاجراءات فى لحظة زمنية معينة عن البحث عن تلك الحقيقة طالما أن الحق العادل بطريقة مطلقة مستحيل الوجود : فمن غير المعلوم ما إذا كانت التعديلات التى يحتمل أن ينالها الحكم — فى غمار السعى نحو الحقيقة المادية — سوف تقربه منها أم تبعده أكثر سوف تؤدى إلى حكم أكثر عدالة من الأول ام اكثر منه ظلما ؟ وعلى ذلك فمن الأفضل ان نحقق « الأمن القانونى » ولو كان ثمنه بقاء بعض الأحكام الخاطئة فذلك على أى حال أقل سوءا من السعى الدائم وراء الحقيقة المادية بما يؤدى اليه من تزعزع دائم فى العلاقات القانونية . وتجد فكرة العدالة قوامها — فى منطق هذه النظرية — فى تثبيت الحكم النهائى ، بالبراءة كان أم بالادانة ، ولو أدى ذلك إلى أفلات مذنب من العقاب أو توقيع العقوبة على برىء[1]

ولنا من الأن أن نثبت أن هذه النظرية ، لا تحمل — كما يرى بعض الفقه — من « العدالة » سوى الأسم[2] ، لأنه يستحيل باسم العدالة أن نثبت الادانة الصادرة خطأ على برىء .

لكن هناك نظريتان ، استقلتا فى بنائهما عن مضمون الحكم ذاته وعن الحقيقة المحمولة فيه ، واستقامت أو لتيهما على أسباب السياسة الجنائية والحتم الذى

(١) انظر : DUWEL
BARBARINO
مشار اليهما فى : YVES, op. cit., p. 31

(٢) انظر : DUWEL
مشار اليه فى YVES, op. cit. p. 31

تقضيه فى وضع حد للاجراءات بوصفه — فى منطق هذه النظرية . غرض الأجراءات الجنائية ، وهو ما توفره حجية الشيء المقضى فيه ، حتى لو تسببت فى حالة أو أخرى الى ظلم ما . فتلك نهاية ضرورية ، ليس فقط لكى يكون الصراع ضد الجريمة فعالا وأمن العلاقات القانونية أكثر استقرارا ، وإنما كذلك لأن المنازعة فى احكام القضاء تحمل الاعتداء على هيبته وحجية الشيء المقضى فيه تجعل القضاء أكثر قوة والقوانين أكثر احتراما[١]

أما النظرية الثانية فقد استقامت على النفع العام ، ومقتضاها أن حاجة المجتمع الى إضفاء الحجية على أحكامه النهائية ضرورة يقتضيها تحقيق الأمن فيه . فحجية الشيء المقضى فيه من هذه الوجهة قاعدة من قواعد القانون العام تضمن استقرار الأحكام الجنائية لكنها من جهة أخرى قاعدة من قواعد الدفاع تمنع من إعادة محاكمة من برىء سلفا عن نفس الواقعة ، وهو أمر تفرضه حقوق المتهمين حتى لا يتعلق مصيرهم — من بعد براءتهم — على أتهامات متأخرة أو شهادات تتنوع دوافعها[٢] . ولهذه النظرية تتمة هامة سنعود اليها بعد حين[٣]

هذه النظريات ليست متعارضة ، لأنها على العكس تتجه جميعا إلى أعطاء مبدأ حجية الشيء المقضى فيه — دون نقاش فيه ذاته — أقصى سلطانه ، فتتحقق

---

(١) انظر :

DUWEL
BARBARINO,

مشار اليهما فى :

YVES, op. cit., p. 31

وانظر :

SEVESTRE, op. cit., p. 3

(٢) انظر :

HELIE, Traité, op. cit. p. 5354
YVES, op. cit. p. 31
BARDOT, op. cit. p. 82 et 83

(٣) انظر بند ٩٨

بذلك جملة مصلحة المجتمع فى عدالة مستقرة تتحدد فيها اللحظة التى تنتقد فيها الاحكام ، سواء على أساس « قرينة الحقيقة » التى تجعل المعوج مستقيما ، والأسود ابيضا ، والتى تعتبر المرفأ الذى يحمينا من زوابع البشر والذى إذا لم ترس فيه لحملتنا أمواج الدعوى فى العمق بلا عودة على حد تعبير البعض[1] ، أم على أساس التغاضى عن بعض الأخطاء تحقيقا للاستقرار القانونى،أو ضمانا لفعالية التجريم ، أو حفاظا على هيبة القضاء ، أو تحقيقا فى النهاية لمصلحة الفرد فى عدم محاكمته عن الفعل الواحد مرتين .

(٩٦) وبرغم أننا لم نعثر قط على من أنكر على المحكوم عليه حقه فى أعادة نظر الادانة الخاطئة التى صدرت ضده ، الا أن الابحاث كلها تتجه الى البحث عن التوازن الذى يمكن أن يرضى من جهة متطلبات المجتمع – ويعبر عنها مبدأ الحجية – ومتطلبات العدالة التى توجب مراجعة الادانة الخاطئة . هذا التوازن جاء فيما نعتقد على حساب المحكوم عليه ، وهو ما يظهر صداه فى كل محاولة قيلت للتضييق فى حق المحكوم عليه ، بل على تسمية هذا الحق ذاته والذى لا يزال البعض فى مصر يصر حتى بعد صدور قانون أ.ج على تسميته « بالتماس » أعادة النظر .

وسوف لا نشدد على خطورة الخطأ القضائى ــ الواقع ضد مصلحة المتهم ــ يكفى أن نقرر بأن المجتمع بسائر مصالحة ليست له لا المصلحة ولا الصفة فى أن يلصق ــ أو أن يستمر فى أن يلصق ــ ببرىء جريمة لم تقع قط أو وقعت من سواه فيوقع عليه عقوبة ربطها القانون للمجرمين . وأن الدولة التى تمثل المجتمع كما وأن عليها واجبا ولها الحق فى أن تتقصى الجريمة وتتعقب المجرمين . فان عليها واجبا مقابلا ــ وحقاً لكل برىء ــ بأن تتعقب أخطاءها وأن تعمل بنفس النشاط على اصلاحه . كل ما للمجتمع من حق هو أن يحافظ على كيانه وبقائه وأن

---

(١) التفسيرات لـ
Desjardin, op. cit., p. 753
ويمكن أن نرى فيه أن قرينة الحقيقة تجعل الخطأ صوابا .

يدرك بالعقاب ، كل من يتناول بالعبث القواعد التى وضعها للحفاظ على هذا الكيان والبقاء . فاذا ما أخطأ فعليه أن يعود عن حكمه طالما كان حريصا على الوفاء بمهمته . أليس على المجتمع واجب أولى هو أن يفرق بين المذنب والبرىء [1]

(٩٧) ومن بعد تلك الملحوظة ، نذهب إلى الأبعد فنقول بأن ثمة حقيقتين ينبغى أن يوضعا فى الاعتبار عند مواجهة حجية الشىء المقضى فيه بالخطأ القضائى : الحقيقة الأولى هى أن حجية الشىء المقضى فيه ليس لها – ولا يجوز أن تكون لها – ذات القدسية التى تحظى بها فى القانون المدنى ، والثانية هى أن حجية الشىء المقضى فيه سواء استقامت على قرينة الحقيقة ، أم على اعتبارات القضاء ، لا يمكن بحال أن تقيد حق المحكوم عليه فى المطالبة بإثبات براءته حقاً مطلقاً لا تجوز عليه القيود .

فقد لقيت حجية الشىء المقضى فيه ظهورها الأول فى القانون الرومانى فى نطاق القانون المدنى ، كاحترام للارادة الصريحة ثم الضمنية للمتعاقدين ـــ تطبيقا لمبدأ نفاذ الدوعى ـــ من قبل أن تستشعر نفعيتها العامة كما هى معروفة فى العصر الحديث ، حيث كانت هذه الارادة تنصب فى عقد حقيقى هو Supulatione Conirahitur in judicioi sicut in وعندما ألغيت نظرية نفاذ الدعوى فى عهد حستيان ، فان هذه الحجية لم تظهر فى القانون الفرنسى إلا تحت حكم Charemagne فى نطاق القانون المدنى كذلك تحت تأثيرات الفكر الكنسى ، بحيث يمكن أعتبار حجية الشىء المقضى فيه تقليدا عريقا ومبدأ أساسيا من

---

(١) قارب :

MONGIBEAUX, op. cit, p. 16

انظر ما سبق هـ ١ ص ٣٤٦

وانظر :

PEAN, op. cit., p. 158 et 159
PINATEL, op. cit., p. 58 et 59

وقارب :

LOUIS JARDIN, op. cit, p. 11 et 23

وإذا كانت صحيحا أن حجية الشيء المقضى فيه ، قد لقيت تطبيقها على المواد الجنائية لدى الرومان ابتداء من تشريع julia Publicorum ، على أقصى تقدير ، فان هذه الحجية كانت دائما شيئا نظريا محضا ، حيث لم يكن هذا التطبيق ليسرى الا على الجرائم الداخلة فى الاتهام aux Crims Compris dans l'accusation . فقد كانت الجريمة الواحدة ــ كقاعدة عامة ــ معاقبا عليها فى اكثر من تشريع . وعلى هذا ، فقد كان يمكن جريان المحاكمة من جديد على نفس الجريمة برغم اكتسابها بالحجية بناء على اتهام آخر ، وعدة مرات فى بعض الأحيان هذا من ناحية ، ومن أخرى فان إجرائى , Provocotio ad roqulum l'intercessio des tribuns كانا كافيين لافقاد الأحكام الصادرة من القناصل قوتها التنفيذية[2] . فاذا ما نزلنا إلى القانون الفرنسى القديم ، لوجدنا أن حق الملوك فى مراجعة الأحكام وإعادة نظر الدعوى لم يتقيد قط ، فلم يكن لحجية الشيء المقضى فيه فى القانون الجنائى وجود فى المعنى الدقيق[3]

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، ينصرف التقرير فيها الى الفقه الفرنسى ، فان حجية الشيء المقضى فيه للحكم على القضاء الجنائى ــ والتى كانت المادة ٣٦٠ من ق.ت.ج فرنسى قد قررتها بحظر محاكمة من سبقت محاكمته عن الواقعة الواحدة مرة ثانية . اعطاها القضاء الفرنسى وفريقا من الفقه هناك ــ برغم معارضة البعض الاخر ــ مفهوما تفقد به الحجية أكثر مضمونها ، إذ

(١) انظر :

PINATEL, op. cit.

(٢) انظر :

PEAN, op. cit. p. 163 et 164
PINATEL, op. cit

(٣) انظر ماسبق . وانظر :

MOGINBEAUX, op. cit. p. 16 et 17
PNATEL, op . cit. p. 60

اعتبرت الواقعة المانعة لاعادة المحاكمة هى « الواقعة القانونية » لا « الواقعة المادية » ومن ثم سار القضاء الفرنسى الى وقت قريب على إعادة محاكمة من سبقت براءته عن نفس الواقعة السارية اذا قامت هذه المحاكمة على وصف قانونى آخر ، وسواء تعلق الأمر بجناية أم بجنحة أم بمخالفة[1] . ولقد يقال أن هذا المفهوم قد اندثر بناء على تشريع ٢٥ نوفمبر ١٩٤١ الذى ألزم رئيس محكمة الجنايات بأن يوجه الى المحلفين إلى جانب السؤال الاصلى سائر الاسئلة الاحتياطية التى تستوعب سائر التكييفات الممكنة للواقعة ، ونقول أنه برغم هذا التشريع فان محكمة النقض الفرنسية لم تعدل قضاءها السابق الا فى سنة ١٩٥٦[2] وأن هذا التعديل فى ذاته لا ينفى وجود المفهوم السابق عليه من جهة ، ومن جهة أخرى فهو تعديل قاصر على مواد الجنايات ، وتبقى مواد الجنح والمخالفات ــ برغم التزام القضاة بفحص الواقعة بكافة أوصافها محلا للتردد إلى هذه اللحظة ، وهو على الاقل ما نبغى ابرازه[3]

---

(١) انظر :

PINATEL, op. cit. p.60
VITU, 65 cit, p. 1251 et s
GARRAUD, Précis, op. cit, p. 992 et s.
LEVASSEUR op cit, p 722 et 727

وانظر فى مواد الجنايات

Cass. ch. Reun : 25 nov. 1841 S. 1842 193

ــ فى مواد الجنح

Cass. 10 janv. 1870 S. 66. 141 et note VILLEY

(٢) انظر نقض

Cass, 20 mara 1956 D. 1957 33 note Hugueny

هذا وتسير المحاكم المصرية بلا تردد على تفسير الواقعة الوقاعة المادية بكافة أوصافها ، على سبيل المثال : نقض ١٩٤٣/٢/٨ مجموعة عمر ج ٦ ق ٩٩ ص ١٤٠

(٣) زال هذا التردد نهائيا بالنسبة لمواد الجنايات ، بصريح نص المادة ٣٦٨ ق.أ.ج فرنسى ، أما بالنسبة لمواد الجنح فلم يزل حتى الان:
انظر :

Cass. Crm. 3 mars 1959 B. 143
Cass 26 mai 1965 J.C. P. 1966 II. 14725 note BOUZAT

وفوق تلك فان حجية الشيء المقتضى فيه للحكم الجنائى على القضاء المدنى ، وقد كانت تقتضى فى تطبيقها الطبيعى حجيته فى جملته وتفصيله وبالنسبة لسائر ما قضى فيه ، لم تفهم قط الا على أساس تقييد القاضى المدنى بما قضى فيه الحكم الجنائى ضرورة على سبيل التأكيد . أما ما جاء فيه من قضاء على غير سبيل التأكيد والضرورة فلا حجية له قط[1] ، أو كما عبرت المادة ٤٥٦ من ق.أ.ج.م : .... فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها الى فاعلها إلا إذا كان الحكم بالبراءة فتقتصر هذه القوة على الحالة التى تكون فيه البراءة مبنية على « انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الادلة » .

وبعد فلعل فى ذلك ما يسمح لنا بأن نشكك ــ على الأقل ــ فيما هو ثابت فى الأذهان من أن حجية الشيء المقضى فيه للحكم الجنائى لها نفس القدسية التى تحظى بها مثيلتها فى الأحكام المدنية ، ومن بعد نضع بعض الاعتبارات التى تجعل تحقق هذا التساوى مستحيلا أو على الأقل غير المقبول .

فالاختلاف العميق بين الدعوى المدنية وطبيعة المصالح المرتبطة بها من ناحية والدعوى الجنائية وطبيعة المصالح المرتبطة بها من أخرى ، تنعكس حتما على الخطأ الواقع فى الحكم الصادر من كل منهما فتعطيه أهمية متفاوته : فبينما تعتبر الدعوى المدنية نزاعا « خاصا » ماليا فى جملته ترتبط به مصالح فردية لكل من طرفى الادعاء فان الدعوى الجنائية نزاع عام بكل ما فى الكلمة من معنى يقف فيها

(١) انظر فى ذلك :

GARRAUD, Précls, op. cit., p. 990 et s. Sp p. 1004 etg 1005
VITU, Traité, op. cit., p. 1225
LEVASSEUR, op. cit. p. 736 et s
PIANTEL, op. cit., op. 61.

محمود مصطفى ، ص ٢٠٠ هـ ١ ــ المرصفاوى ص ٢٧٨ وما بعدها ــ فتحى سرور ص ١٠١٣ وما بعدها . ويقرر ص ١٠١٧ « أنه إذا تصورنا أن الحكم الذى شابه مثل هذا العيب (قضى على غير سبيل التأكيد) هو حكم مدنى (لا جنائى) فى ذات الواقعة وبين ذات الخصوم وبناء على نفس السبب ، فانه لا جدال فى اكتسابه الحجية أمام القضاء المدنى طالما قد اكتسب قوة الامر المقضى »

المجتمع فى جانب والمتهم فى جانب اخر ويجرى السباق فيها على حياة المتهم أو حريته وشرفه ، ومن ثم فان الخطأ القضائى فى الحكم المدنى سوف يتمخض دائما عن إهدار « لمصلحة فردية » مالية فى أغلب الصور لأحد طرفى الدعوى ، بينما ينتهى الخطأ القضائى فى الحكم الجنائى إلى إهدار حياة المتهم أو تقييد حريته ووصم شرفه أو ذلك كله أو على حد تعبير البعض حين يخطىء القاضى المدنى فينكر ملكيتى لمنزل ويسندها الى خصمى فقد أضر بى وبمصالحى بكل تأكيد لكن القاضى الجنائى حين يعلنك مذنبا فى جريمة لم تقع منك ويسوقك بالتالى الى حبل المشنقة أو الى الليمان ، فان كدرى لا يساوى شيئا أمام كدرك ، وكدر العامة سوف يكون كله عليك . ان الخطأ القضائى فى الحكم المدنى لا يتسحق الا بالكاد أن يوضع فى الاعتبار إذا ما نظر اليه بالقياس الى الخطأ القضائى فى الحكم الجنائى[1] ، وبالتالى فان الحجية التى يتكسى بها كل من الحكمين يستحيل — أو على الأقل من غير المقبول — أن تتخذ نفس القيمة .

هذا من جهة ، ومن أخرى ، فان اللجوء الاختيارى لخصوم الدعوى المدنية الى القضاء المدنى — باعتباره أفضل سلطات التحكيم الحاسم الأبعد نظرا الأكثر حيادا — لفض النزاع بينهما ، يحمل فى طياته — كما استخلصت الفطرة الرومانية — قبولا مقدما بالحكم الذى يصدر وفقا لأوضاع قانونية معلومة سلفا ووفقا للدور المرسوم للقاضى المدنى فى قضائه فى النزاع ، والذى لم يزل يضفى عليه صفة « الحكم » من غير زيادة فعلى الخصوم فى الدعوى المدنية واجب تحديد « النزاع » و « الطلبات » وتقديم الحجج المدعمة لها ، ليبقى دور القاضى المدنى سلبيا قاصرا على استقبال تلك الحجج ووزنها القانونى وفقا لقوتها فى القانون والحكم فى النهاية للاقوى حجة . وفى هذا ما يحمل على الاعتقاد بتوقع الخصوم المقدم لنتيجة الدعوى على ضوء ما فى الجعبة من أدلة ، وما يحمل كذلك

---

(١) انظر :

MONGIBEAUX, op. cit. p. 6
LEMOINE, op. cit. p. 172 et 173

على الاعتقاد باقتصار دور القاضى المدنى على دور الحكم[1]

هذا كله على عكس ما يجرى فى الدعوى الجنائية ــ فالخضوع الحتمى للقضاء الجنائى يحل محل « اللجوء الاختيارى » فلا خيار ولا اعتداد فى ذات الوقت بارادات الخصوم من جهة ومن جهة أخرى فان المدعى فى الدعوى الجنائية هو المجتمع تمثله فى ذلك النيابة العامة كمنظمة اجرائية متخصصة فى رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها وحشد الأدلة ضد من توجه اليه التهمة . ويظل القاضى الجنائى برغم ذلك قاضيا بالمعنى الدقيق عليه أن يبحث عن الأدلة وأن يقوم بدور ايجابى فى البحث عن الحقيقة[2] ، لأنه يسعى الى إعلان الحقيقة المادية فى الادعاء .

فبينما يسعى القاضى المدنى إلى إعلان الحقيقة الشكلية ، لأنه هو ذاته خاضع لما يقدمه له الخصوم من أدلة ــ ويلاحظ أن هذا الخضوع فى ذاته ضمانة للخصوم ـ فان القاضى الجنائى عليه أن يدرك الحقيقة المادية أى أن يصل الى أضبط معرفة للوقائع ، وهو لذلك مزود بعديد من الوسائل النشطة التى تخدم فى الوصول الى تلك الحقيقة . كما يتمتع كما هو معروف بحرية كاملة فى الاثبات ، على عكس القاضى المدنى . هذا الاختلاف هو الانعكاس الحتمى لمبدأ شرعية

---

(١) انظر :

PEAN, op. cit., p. 159

VITU, Traité op. cit. 1967, p. 818 et s.

VITU A. Article, op. cit. 1967 , p. 818 et s.

(٢) « ولاشك كذلك أن قياس المسافة التى تعبرها كل من الدعويين ، يحتاج من الناحية الواقعية الى قضاء بعض الوقت فى محاكم القضاء الجنائى والقضاء المدنى ، حيث تجد الأخيرة وقد استأثرت بالمحامين ذات المكانة ــ وتجرى مرافعاتهم فى صلب الموضوع وحول الأدلة وأمام قضاء منتبهين على عكس ما يجرى فى المواد الجنائية ، إذ تجد المحاكم الجنائية ــ إلا ما قد ندر ــ غارقة بالمحامين المبتدئين بل غالبا ماترى المتهم ــ فى محاكم الجنح ــ متروكا أمام قضائه بحيلته وحدها مع ما فيها من غباء وارتباك ليدافع عن نفسه بالطريقة التى يتصورها فى صالحه أمام قضاة سئموا الاحتكاك اليومى مع أمثاله فى ثرثرة لاتقدم ولا تؤخر فلم يعطوهم سوى اذان ساهية وذهن مشتت »

MONGIBEAUX, op. cit. p. 16

الجريمة والعقوبة حيث لا جريمة فى ظله ولا عقوبة بغير نص . وهذا لا يعنى أن ينطبق النص على واقعة أيا كانت وإنما على واقعة لها خصائص ، بعبارة أخرى يعنى مبدأ الشرعية أنه لا يجوز توقيع العقاب على شخص من أجل « فعل » يعلنه القاضى جريمة إلا إذا كان هذا « الفعل » يشكل فى القانون بالفعل (جريمة) مقررة لها ذات العقوبة التى نطلقها القاضى . ومن هنا فان القاضى الجنائى يلتزم بالوصول الى ذات الحقيقة الواقعية للوقائع أى الى اضبط معرفة لها ، وهذا هو انعكاس مبدأ الشرعية على دور القاضى الجنائى ، إما الحقيقة الشكلية الناجمة عن أدلة الخصوم فيستحيل أن يقنع بها القاضى الجنائى لأن مبدأ الشرعية يتطلب أساسا الوصول الى الحقيقة الواقعية ذاتها .

وبالتالى فان حجية الحكم المدنى تعلق بالحقيقة الشكلية الناجمة من الأدلة التى تقدم بها الخصوم ، أما حجية الحكم الجنائى فترتبط بالحقيقة الواقعية ذاتها ، ومن ثم فان الحجية المدنية تظل محتفظة بقيمتها حتى إذا كذبت الحقيقة الواقعية الحقيقة الشكلية التى أعلنها ، لأن الحكم المدنى لا يسعى أساسا إلا إلى الأخيرة ، لكن الحجية الجنائية تفقد كل قيمة لها ، نظرا لتعلقها أساسا بالحقيقة الواقعية ، إذا تكذبت تلك الحقيقة بوقائع ثابتة ، وفى كلمة فان الحقيقة التى تعبر عنها الحجية فى كل من الحكمين المدنى والجنائى تختلفان أختلافا عميقا[٢]

---

(١) قارب :

VITU, Traịté, op. cit., p. 1214 et 1215

PEAN, op. cit., p. 39 et s.

(٢) يلاحظ أن المجتمع فى صدد الدعوى المدنية يعتبر بين الخصوم « حكما » بما له من سيادة لكنه فى الدعوى الجنائية « حكم » و « خصم » فى النزاع الذى قام بينه وبين المتهم قارب :

Monglbeaux, op. cit. p. 15

ويلاحظ ثانيا إن حالات إعادة النظر فى القانون المدنى تؤيد بعمق وجهة نظرنا ، لأنها تتعلق أساسا بكل غش أو تزوير علق بأدلة الخصوم التى استقامت عليها الحقيقة التى أعلنها الحكم ، بينما تتجه فى القانون الجنائى الى ذات الحقيقة كما يتضح فى الفصل الأخير

انظر تأييدا كاملا لوجهة نظرنا :

VITU, op. cit. p. 818 et s. article 1967

وفوق ذلك وعلى المستوى النظرى ، فان المدرسة الوضعية لا تسمح باكتساء الاحكام الجنائية الا « بحجية مؤقتة » . لكى يضمنوا تعديل الحكم بصفة دائمة فى صالح المحكوم عليه . أو على حد تعبيرهم أن مبدأ المراجعة الدورية للاحكام يحل محل قرينة الشىء المقضى فيه[1]

(٩٨) وحتى هذه اللحظة نقنع بالتساؤل الآتى : هل بعد ذلك تكون لحجية الحكم الجنائى ذات القدسية التى لها فى القانون المدنى ؟ لنتتبع من بعد ، الاعتبارات التى تستقيم عليها تلك الحجية ، واحدة بعد الأخرى مع مشكلة الخطأ القضائى ، فنقول :

فيما يتعلق بنظرية « الحيلة » أو « القرينة » التى انفردت كأساس لحجية الشىء المقضى فيه زمنا طويلا فان هذه الحجية وفقا لها ينبغى أن تدور مع النظام القانونى للقرائن ، والذى يجعل منها نوعين : قاطعة لا يجوز تكذيبها قانونا ، وبسيطة يجوز نقضها باثبات العكس . فاذا كانت الحجية تقيم القرينة على بلوغ القضاة للحقيقة المادية وتطابقهم فى استخلاصها مع القانون ، فهل تعتبر هذه القرينة قاطعة أم محض قرينة بسيطة ؟

الواقع أن الأجابة على هذا السؤال ينبغى أن تضع فى اعتبارها أن عدالة الله هى وحدها المعصومة ، أما عدالة البشر فبطبيعتها — وبالرغم من المجهودات البشرية المتعددة عرضة للوقوع فى الخطأ . غاية ما يمكن أن نأمله من التنظيم القضائى هو أن يعمل فى ظل تنظيم اجرائى ناجح فى حصر « فرص » تلك

---

(١) انظر :

FERRI, op. cit., p. 531

Le principe de la révision périodique des sentences sera substitué à la presomption de la chose jugée

كما يلاحظ أن حجية الحكم الجنائى على القضاء الجنائى ليست محل تسليم من سائر التشريعات

VITU, Traité, op. cit., p. 1215

الاخطاء فى أضيق حيز ممكن ، وقادر على التوجه السريع لعلاج ما قد يقع وهذا ما يفرض علينا توخى منتهى الدقة فى اختيار القضاة سواء من حيث كفايتهم ونزاهتهم وثقافتهم وهذا فى ذاته عمل حكومى تم فى ضرورة الدراسة المتتابعة للتنظيم الاجرائى على ضوء التجربة العملية سعيا لا ينقطع نحو تحقيق اقصى الضمانات لتوق وقوع الاخطاء وهذا فى ذاته عمل تشريعى[1] . ومع ذلك كله فلا ينبغى أن ننسى أن القضاة لا يتمتعون فى ممارستهم لنشاطهم القضائى إلا بوسائل مهتزة لا تتيح لهم سوى رؤية محددة ، مغلوطة فى بعض الأحيان أيا كانت فراستهم ومهما بلغ حذقهم الفنى . ثم مادمنا نطالبهم بالدليل الوضع على قرارهم فانه سوف يصبح دائما تحت رحمة البشر ـــ سواء أكان الدليل هو الشهادة أم أى دليل آخر ـــ وهم بطبعهم قابلون للتعدى والحقد وسوء النية[1] . استطردنا لنبرز الواقع الذى تستقيم عليه قرينة الحجية ، والذى يقود حتما الى اعتبارها قرينة بسيطة لا قاطعة ، فتكذيب تلك القرينة بوقائع ثابتة ينبغى حتما أن يوقف الحكم عن انتاج آثاره واعتباره كأن لم يكن وهذا ما عرفته مختلف الشعوب فى سائر مراحل تطورها وان اختلفت طريقتها فى تطبيقها[2]

قرينة الحجية فى القانون الجنائى إذن قرينة بسيطة لا قاطعة ، لأن القرينة يستحيل أن تتفوق على اليقين المضاد لها حين يكون السباق حول حياة برىء أو

(١) انظر :

DESJARDIN, op. cit, p. 753 et 754

PEIN, op. cit. p. 1 et s.

(١) انظر فى المعنى :

M. MARIE PAUL BERNARD

De la réparation des erreurs judiciares. Dan Rev, Critique de la Jurisprudence en matière civile, 1870, p. 362

PEAN, op. cit, p. 2

(٢) انظر :

Bardot, op. cit. p. 81

وان أضاف ص ٨٢ أن الدول الأوروبية قد تبنت نظاما للحجية لا يتأسس تماما على نظام القرائن ، وهذا ما سيكون محل دراسة على التوالى .

شرفه أو حريته[1] . فطبيعة المصالح المرتبطة بالدعوى الجنائية وطبيعة الخطأ الذى يمكن أن يقع فى الحكم الصادر فيها ينعكس على القرينة فلا يجعل مها سوى قرينة بسيطة لا قاطعة كما يمكن أن يرى المدنيون .

لكن أصحاب نظرية العمل القضائى كان لهم تصور مختلف للمشكلة . لكى يفهم ينبغى أن نبرز على الأقل الأسس التى استقام عليها ، والتى تنطلق من اقامة فصل أساسى بين فكرة الحكم غير القابل للطعن بأى طريق والحكم الحائز لقوة الشىء المقضى فيه : فكل حكم — نهائى كان أم غير نهائى — يحوز الحجية وعلى هذه الحجية استثناءات ثلاثة هى : المعارضة والاستئناف والنقض ، أما إعادة النظر فتخضع للقاعدة بمعنى أنها لا تمثل أى إعتداء عليها[2] . وتجد حجية الشىء المقضى فيه لدى هذه النظرية مصدرها فى فكرة وظيفة الدولة l'idèe du fonction étatique[3] فهى ليست إلا ناتجا مخصصا un attribut apecifique

(١) انظر :

SEVESTRE, op. cit, p. 4 et s.

MARTIN, op. cit, p. 18 et s.

وإن كان يرى أن قرينة الحجية تكون بسيطة أو قاطعة على حسب خلو الحكم أو إصابته بالخطأ . والواقع أن مؤدى هذا الرأى هو أن القرينة بسيطة لا قاطعة طالما يمكن اثبات عكسها بالدليل المضاد .

قارن

Lavasseur, op. cit. p. 721

ويرى أنها قرينة قاطعة irrefregable

وان قرر (ص ٧٠٤) أن الحجية التى ترتبط باحكام الادانة يمكن اصلاح الخطأ القضائى الواقع فيها لمصلحة العدالة والحقيقة والبرىء الذى راح ضحيته برغم الحجية .

(٢) والعلة فى ذلك ، ان النقض والاستئناف والمعارضة يمكن أن تصيب الحل الذى نطق به القاضى للمسألة الاصلية بالتعديل . انظر :

RAYMOUND GOILLIEN

L'acte juridctionnel et l'autorité de la chose jugée, Essai critique, thése BORDEAUX 1931, p. 411 à 419

أما بالنسبة لاعادة النظر فسوف تكون محل دراسة فيما بعد . انظر فيها نفس المؤلف

pp. 419 à 421 & pp. 429 à 431

(٣) ويبين لنا أن المقصود بهذه الفكرة أن وجود الدولة فى حد ذاته يخلق القواعد القانونية اللازمة لاداء وظائفها .

للاجابة على مسألة مخالفة القانون الذى يحظر إعادة حمل ذات المسألة الأصلية la même question principale أمام القاضى[1] . ومن ثم فان الحجية إنما ترتبط بالمنازعة أو « بالمسألة الأصلية » التى كان القاضى قد حسمها برجوعه إلى قاعدة ما فى القانون .

والعمل القضائى إنما يثبت مخالفة لقاعدة قانونية ، هذه المخالفة التى يثبتها العمل القضائى ، ليست هى « المخالفة الواقعية » التى خلقت النزاع وإنما هى مخالفة مستخلصة من المفهوم القضائى للدعوى والذى شكله القاضى ، هذه « المخالفة التصورية » ينبغى ، لكى تتجاوب مع النموذج الذى هو مسعى القانون الوضعى ، أن تكون صورة للمخالفة الواقعية ذاتها . ومن المسلم به أنه إلى اللحظة التى تكتمل فيها التحقيقات ويعلن قبول إعادة النظر يظل المفهوم القضائى للدعوى المتحصل بعد المرافعات الأولى هو الصورة المتطابقة تماما مع الواقع ، فالقاضى لا يثبت إذن إلا مخالفة تصويرية متحصلة من عقيدته الذاتية ، وفى نطاق هذا التصور الخالص تتحرك حجية الشىء المقضى فيه .

فاذا افترضنا أنه قد ثبت بعد إعادة نظر الدعوى ، أن هذه الصورة ليست هى الصورة المتطابقة مع الواقع ، فان إعادة نظر الدعوى لا تفعل اكثر من أن تحل صورة أخرى تصورية تماما هى الأخرى من طبيعة متماثلة مع الأولى لكنها تختلف عنها . هذه الصورة الثانية قد لا تتطابق هى الاخرى مع الصورة المتطابقة تماما مع الحقيقة ، لكنها فى إقترابها منها عن الأولى ينبغى أن تفضلها باسم القانون الطبيعى الذى يفرض السعى نحو النموذج .

وحيث أنه ليس من شأن حجية الشىء المقضى فيه ، أن تمنع فحصا ثانيا لنزاع واقعى مطروح un conflit réel donné طالما كان هذا النزاع غير مدرك un inconnaissable لأن حجية الشىء لا تضفى إلا قيمة خاصة ومخصصة للاجابة التى

---

(١) انظر :

GUILLIEN, op. cit. p. 409

وضعها القاضى لمسألة مخالفة القاعدة كما تصورها ، فان ثبوت كذبها من بعد يسمح له بطرحها . بعبارة أخرى تمنع حجية الشيء المقضى فيه القاضى من بعد أن يصل الى صورة معينة أن يحاول — من ذات الصورة — استخلاص نتيجة جديدة مختلفة عن الأولى ، وتضع عقبه كذلك بعد أن يشكل صورة معينة ، فى ظل ظروف معينة لواقع ، أن يحاول تشكيل صورة جديدة فى ظل ذات الظروف الواقعية .

وفى كلمة ، فان سائر النشاط الذى باشره القاضى فى نطاق من الادلة والوقائع والذى سمح له بأن يشيد مفهوما قضائيا للدعوى أعطى على أساسه اجابة على مسألة « مخالفة القانون » . كل هذا النشاط يعتبر باسم حجية الشيء المقضى فيه نهائيا . لكننا إذا خرجنا عن نطاق هذه الوقائع وعن نطاق أدلة الاثبات ، بمعنى آخر اذا انضمت عناصر أخرى تثبت إمكانية تشكيل صورة جديدة متميزة ومختلفة عن الأولى ، فان حجية الشيء المقضى فيه لا تمنعنا من التصرف .

فالدعوى الأولى تمثلت فى مفهوم قضائى معين ، أدى الى اجابة قضائية ، هذه الإجابة تحتفظ بحجيتها . لكن خروجنا عن نطاق الوقائع وطرق الإثبات ، أى حمل العناصر الجديدة يؤدى الى ظهور دعوى جديدة ، تخضع للقاضى مسألة جديدة لمخالفة القانون فى فحصه هذه الدعوى . فاذا كان عليه أن يحترم ما كان قد قضى فيه فى الخصومة الأولى فان عليه أن يطيع القانون الذى يدفعه نحو النموذج فيثبت أنه — القضاء السابق — أقل اقترابا من الواقع عن الثانى . وبالتالى فان إعادة النظر تهدف إلى إثبات أن المفهوم القضائى للدعوى ونتائج هذا المفهوم — وهى فى ذاتها محل احترام من الجميع — لا يمكن أن تستخدم لأنها لا تتفق مع الواقع[1] . ووفقا لهذه النظرية ، تصبح المواجهة بين الحجية والخطأ القضائى غير

(١) ليس لنا فى عرض موقف اصحاب نظرية العمل القضائى غير جهد الصياغة راجع :

GUILLIEN, op. cit, pp. 429 à 431

واردة ، لأن الحجية فى مفهومها لا تتعارض مع إعادة النظر بل على العكس كما سوف نرى تعتبر واحدا من مساعديها ، ولنا إلى هذه النظرية عود[1]

أما ما يقال من أن هدف الاجراءات الجنائية هو وضع حد للاجراءات ، اذ به نضمن تجريما فعالا فى المجتمع . وهو ما يقوم على دعامتين : السرعة واليقين ، بمعنى آخر ما يقال من أنه إذا أمكن وضع الحكم الجنائى فى نقاش دائم ــ بما فى ذلك من تطويل للاجراءات وتضعيف للمصاريف دون مصلحة أكيدة ــ من شأنه أن يخلق لدى العامة شكا فى فيمة الاجراءات الجنائية ، ويقيم لدى الكافة الشعور بعجز الاجراءات عن الوصول الى الحقيقة الكافية وبهذا تسقط عن التجريم دعامته : السرعة واليقين ، وتتزعزع بالتالى العلاقات فى المجتمع ويتعرض هو ذاته للخطر .

فالواقع أن هذا القول يحتاج الى تصحيح فى مقدمته الأولى ، وهو ما سوف نتعرض له بعد حين ، يكفى هنا أن نقرر بأن هدف الاجراءات الجنائية ليس على الاطلاق وضع حد للاجراءات ، لأن هذا الهدف يدور مع الفلسفة الكلية لقانون الاجراءات نفسه ، وهى كما تراها المدرسة الوضعية حماية أشراف الناس ممن شاءت أقدارهم أن يساقو الى العدالة الجنائية ولم يثبت عليهم بعد ذنب جنائى[2] هذه الفلسفة الكلية تجعل للاجراءات الجنائية هدفا وحيدا هو أن تتجه لتجعل من الخطأ القضائى « حادثة » بكل ما تحمله من مفاجأة وندرة . ومع ذلك ــ وللجدل ــ فلا نرى أن وضع أى حد كان يمكن أن يضمن تجريما فعالًا فى المجتمع ، لأن هذا التجريم ، كما فى منطق هذه الحجة ــ وهو منطق سليم فى ذاته ــ يقوم على دعامتين : السرعة واليقين ، لكن ما هو المفهوم الحقيقى للسرعة واليقين .

---

(١) فى الفصل التالى :

(٢) انظر :

Ferri, op. cit. p. 471

وهو فى ذلك يختلف عن قانون العقوبات الذى وضعت قواعده للاندال

هل مفهوم السرعة أن نستبق مع الدعوى الى حد أيا كان ، ولو كان خاطئا ؟!
أن سرعة التجريم ليست هدفا فى ذاتها و وإنما هى وسيلة لتدعيم دور القانون الجنائى فى الردع . وبصرف النظر عن أن سرعة التجريم هى الدعوى التى تبرز فى عالم الفقه أو القضاء لتغطية كل محاولة للاعتداء على حقوق المتهم . بصرف النظر عن ذلك فان سرعة التجريم لا ينبغى أن تفهم إلا على أساس أن المقصود بها تخليص الشرفاء من عبء اجراءات الاتهام والمحاكمة ، لذلك فان الدفع بها فى سبيل تثبيت إدانة برىء بتقرير الحجية المطلقة للحكم على أساسها لا يخلو من مغالطة . أما عن يقين التجريم فهو حجة ضد الحجية لا معها إذ المقصود باليقين ، « يقين الإدانة » أو بوجه عام اليقين فى صحة الحكم ، فهذا النوع من اليقين وحده هو الذى يبعث الثقة فى الإجراءات فى نفوس الكافة . فاذا كان ثابتا فى نفوس الكافة خطأ الحكم تقوض هذا اليقين وتقوضت ثقتهم فى الاجراءات تلقائيا ، ما لم يدركه القضاء ذاته بالتصحيح سريعا . فاذا قيل بتثبيت الخطأ وتغطيته حتى لا تزعزع تلك الثقة ، فذلك — إذا أمكن بالفعل تغطيته عن العامة وهو أمر مستبعد — غش أو « اغتصاب لثقة » لا يليق بالدولة وليس لها الحق فيه .

وفوق ذلك فان اعلاء الحجية على تصحيح الخطأ ليس من شأنه ضمان تجريم فعال فى المجتمع فاذا كان صحيحا الى حد ما ، أن وضع الحكم الجنائى فى نقاش دائم — كلما ثبت الخطأ القضائى فيه — من شأنه أن يخلق شكا لدى الكافة فى قيمة الاجراءات وينمى الشعور على عجزها عن الوصول إلى الحقيقة الكافية . فان علاج ذلك هو فى مواجهة التنظيم الإجرائى ذاته بالعلاج دون أن يتحمل برىء نتائج قصور هذا التنظيم ، ولأن تجاوز هذا الخطأ من جهة أخرى ، من شأنه أن يخلق حالة من القلق والرعب أحيانا تتجاوز ولا شك مجرد خيبة الأمل فى كفاءة التنظيم القضائى . ومن شأنها أن تقوض كل فعالية للتجريم فى مجتمع القهر لا الشرعية ، البطش لا القانون .... أما مسارعة القضاء الى تصحيح الخطأ — لا تجاوزه — فهو وحده الذى يكفل للتجريم فعاليته وهيبته واحترامه قبل كل شىء .

ومن هنا فان دور القانون الجنائى فى الردع لا يمنع من تصحيح الادانة الخاطئة وتغليبها على الحجية ، بل أنه يدعو على العكس إلى ذلك[1] . أما تجاوز الخطأ فى سبيل الاستقرار وأمن العلاقات ، فهو تغطية لوضع متفجر ليس فقط على المستوى الانسانى للمحكوم عليه ، بل على مستوى دور القانون الجنائى فى الردع ويؤدى فى النهاية الى تقويض هذا الاستقرار وهذا الأمن المنتظر : أن الدور المنتظر من العقوبة هو الردع وهذا ما لا يتحقق إلا حيث تقع صوابا على من تعدى ، أما إذا وقعت على برىء ، وتثبتت ، فلن تحقق على أحسن الفروض الممكنة إلا رعبا فى النفوس ، والرعب غير الردع بطبيعة الحال . ولا إستقرار ولا أمن — وفق أبسط القواعد — فى مجتمع حل الرعب بنفوس أعضائه ، لا سيما وأن نشاط رجال الصحافة والأعلام ، وسعيهم الدائب نحو الاخبار المحركة للعواطف سوف يخلق حالة من الانفعال العام تجاه فرد من أفراد الجماعة سحبت فضيلته خطأ ، وألقى به فى معتقلات الاشرار والقتلة[2]

ولعل من المناسب هنا ، أن نبرز ، ما يراه أصحاب مبدأ النفع الاجتماعى كأساس للحجية ، والذين كانو أقرب الناس فهما لطبيعة مشكلة الحجية والخطأ القضائى ، فقد قرروا أنه مادامت الحجية تستقيم على ما لها من نفع اجتماعى فى إستقرار الاحكام ، فان هذه الحجية تظل مرتبطة بالحكم طالما ظل فى هذا الارتباط نفع اجتماعى هذا النفع — من وجهة نظرهم — قائم على الدوام فيما يتعلق بالاحكام الصادرة بالبراءة ، وبالتالى فلا يجوز مناقشتها ، باعتبارها هنا تمثل بالاكثر قاعدة من قواعد الدفاع التى تحظر محاكمة من برىء سلفا عن نفس الواقعة لكنه فيما يتعلق بأحكام الادانة ، فان النفع الاجتماعى ذاته يتطلب مراجعة تلك الادانة لأن هناك سببا ينضم الى الحاجة الى استقرار الاحكام ويتفوق عليه

---

(١) انظر : Pinatel, op. cit., pp. 57-58.
سواء فى حالة البراءة أم الشك الجدى على المسئولية .

(٢) أنظر فى المعنى : MONGIBEAUX, op. cit., p. 8.

هذا السبب هو العدل ذاته ، والرغبة فى الارتفاع بالقضاء فى نظر الأمة[1] .

ولا يبقى بعد ذلك سوى أن نناقش الدعوى القائلة بأن حجية الشيء المقضى فيه هى التى تضمن للقضاء هيبته ، بمعنى أن تعرض أحكامهم للالغاء الدائم من شأنه أن يعرض هيبتهم فى نظر الكافة للخطر[2] . وترتكز هذه الدعوى على ما يسمى بعصمة القضاء ، وليس المقصود بالعصمة هنا ــ للانصاف ــ العصمة الآلية ، أو التى تلحق بالبشر لمجرد أن يصبحوا قضاة ، إنما المقصود بها « العصمة التشريعية » أو تلك التى أراد المشرع ربطها بأحكامهم فى لحظة معينة[3] ، من بعدها ينظر إلى قرارهم ــ قرار القاضى أو المحلف ــ كتعبير عن الحقيقة ذاتها سواء فيما يتعلق بجانب الواقع أو القانون[4]

وجدير بالذكر أن هذه العصمة ، قد علقت بالفعل فى ذهن المشرع الفرنسى بعد الثورة ، اذ ظن أن فى ادخال مبدأ علنية الاجراءات وشفهية المرافعات وادخال نظام المحلفين ما يكفى للقضاء على فرص الخطأ فى الأحكام ، فألغيت اعادة النظر

---

(١) انظر :
YVES . op. cit. p. 32
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 13
تقريــــــر Helie فى دعــــــوى Leusrque مشار اليــــــه فى :
Sevestre, op. cit. p. 3

وقارب :
Monglbeaux, op. cit. p. 14

(٢) انظر تقرير المدعى العام : Delangle فى دعوى Leusrque
مشار اليه فى :
DESJARDIN, op. cit. p. 772

(٣) انظر :
VITU, op. cit. p. 1213

(٤) انظر :
LOUIX JARDIN, op. cit. p. 11
SEVESTRE, op. cit. p. 3
ROMEIRO, op. cit. p. 624

تماما ، وسرعان ما لطم التاريخ والحوادث هذا الظن لطمة قاصمة[1]

والواقع أن سائر الضمانات التى يمكن أن يفرزها العقل البشرى لجهاز العدل فيه يستحيل أن تقدم — فى حدها الأقصى — ضمانة مانعة للخطأ فالقضاة يخطئون ، وسيخطئون لأنهم بشر يتصرفون وفق تشريع بشرى وتنظيم بشرى فى اعداده وتشغيله وأشخاصه بالمعنى الواسع والخطأ خلة فى البشر كما قد يأتى عفوا ، قد يأتى عمدا . الخطأ إذا فى حد ذاته لا يشين القضاء ولا يقلل قط من هيبتهم . وحتى إذا سلمنا للجدل بأن هيبة القضاء من شأنها أن تنجرح فى حالة الخطأ القضائى ، فان القول بطمسة فى سبيل الهيبة ، فيه تسوية غريبة لحسابات المجتمع على عاتق الأبرياء وهى قضية فى ذاتها مرفوضة . لأن الخطأ الذى وقع فى الحكم هو على أى حال خطأ القضاء لا البرىء ومن وجهة أخرى فان هذه الهيبة إذا جاءت عن طريق طمس الأخطاء ، فهى هيبة مغتصبة أقرب الى الخداع منها إلى الهيبة،ذلك أنه اذا أمكن بطريق البطش القانونى تجاوز الخطأ القضائى بحيث لا يمكن اصلاحه ، فإن هذا الخطأ وهو منتشر بالحتم فى الرأى العام — بفضل وسائل النشر والاعلان — سوف يظل فى النفوس قائما لا يطمس وبالتالى فإن الهيبة المرجوة سوف تنهار تماما ليحل محلها أما رعب من القضاء وإما إزدراء له .

وحقيقة الأمر أن القضاه سوف يرتفعون فى نظر الأمة ، عندما يعترفون بأخطائهم ، فما دام القضاه يدعون العصمة لأنفسهم وما دام أحد لا يفترضها فيهم ، فإن الخطأ فى ذاته لا يمس هيبتهم . أما اكتشاف الخطأ أى ظهوره فإنه ينشىء لدى العامة نوعا يمكن تسميته « بالانتظار العام » . تصبح فيه هيبة القضاء فى مفترق الطرق : فإذا ما اعترف القضاة بخطئهم — وهو فى تنظيم اجرائى ناجح أمر نادر — تثبتت هيبته فى النفوس ، أما إذا تجاوزه ، فسوف يتجاوز مع الخطأ هيبته ذاتها . وكما أن الجريمة هى ذاتها التى تجلب العار على

---

(١) انظر :

SEVESTRE, op. cit. p. 5

المجرم وليس حبل المشنقة ، فليس الخطأ وليس اكتشافه هو الذى يجلب الاعتداء على هيبة القضاء ، وانما تجاوز هذا الخطأ أو بالأدق حصانته[1] . وسوف نرى — فى عودنا لدراسة هذه النقطة — أن البعض أيمانا بما قلناه — قد أقام اعادة النظر أساسا على أنها عامل لرفع شأن القضاء[2]

(٩٩) وعلى أساس من هذا كله يمكن تحديد مضمون حجية الشىء المقضى فيه فى الواقع الجنائى وعلاقته بالخطأ القضائى ، على أن يكون مؤكدا من البداية ان ما قيل وما سيقال ، لا يهدف ، كما ترمى المدرسة الوضعية إلى احلال مبدأ المراجعة الدورية للحكم الجنائى محل مبدأ الحجية . فنحن نؤمن تماما بحتمية الحجية كما نؤمن بنفعها الاجتماعى . غاية ما نبتغيه أن يتحدد مضمونها من الواقع الجنائى تعبيرا عنه وحده ، دون تأثر بمضمون الحجية فى الحكم المدنى والتى قد يكون لها ما يبررها لديهم[3]

فالحق أن مبدأ حجية الشىء المقضى فيه للحكم المدنى ، يرتد إلى فكرة « الاستقرار المدنى » التى تعتبر القاعدة العليا norme supérieure التى

---

(١) انظر :

DESJARDIN, op. cit, p. 772 et 773
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 13

— تقرير Helie مشار اليه فى :

SEVESTRE, op. cit. p. 3
PINATEL, op. cit., p. 61
BERNARD, op. cit. p. 361 et s.

وما سيلى :

(٢) الفصل التالى .

(٣) هذا التأثير ليس هناك من يستطيع إنكاره لأن بصماته ثابتة على معظم الدراسات الجنائية لمبدأ حجية الشىء المقضى فيه ، إلى الحد الذى نقلت فيه شروط الحجية المدنية الى الحجية الجنائية ، رغم أن الواقع الجنائى لا يعرف قط ما يمكن تسميته بوحدة الموضوع

انظر :

VITU, op. cit., p. 1218

استلهمت منها ونسعى الى تحقيقها العديد من قواعد القانون المدنى . كالتقادم والحيازة والأوضاع الظاهرة . وما الحجية فيه إلا ناتج منطقى لتلك القاعدة العليا ، يسعى إلى وضع حد للمنازعات ومن ثم الاستقرار . هذا الاستقرار بوصفه القاعدة العليا مطلوب فى المجتمع لصالح أفراده ، ولو جاء على حساب خطأ فى الحكم . صحيح ان الحكم المدنى الخاطىء سوف يلقى دائما سخط من اهدرت حقوقه ، لكن مبدأ الحجية — نظرا لطبيعة المصالح المهدرة ، ونظرا لسعيه نحو تحقيق الاستقرار الذى تتعلق به مصلحة أفراد الجماعة — لم يعد يجرح بعمق الشعور بالحق الفردى ولا الشعور الجماعى فى المجتمع ، إذ يجد فى الاستقرار ذاته على ما فيه من عدل جماعى تعويضا مناسبا .

ويختلف القانون الجنائى عن القانون المدنى فى المقدمة الأولى : فى القاعدة العليا norme supérieure إذ هى فى القانون الجنائى « الحفاظ على كيان المجتمع وبقائه » . هذا الحفاظ يقتضى كما هو معروف تجريم الافعال التى تنال من كيان هذا المجتمع وبقاؤه بالضرر أو تعرضه للخطر . تجريم هذه الأفعال فقط ، وترك ما عداها — كله — للاصل العام فى الإباحة . وتجد مقتضيات هذا الحفاظ التعبير القانونى عنه فى مبدأالشرعية . وعلى هذا الأساس فإن الحجية ينبغى أن تكون ناتجا منطقياً لتلك القاعدة العليا ، تتطوع فى مضمونها لإدراك تلك القاعدة « الحفاظ على كيان المجتمع وبقائه » . وهذا لا يتحقق إلا إذا التزم المجتمع حدود « حقه » فى العقاب .

للاجراءات لتحقيق الاستقرار ، لأن فكرة الإستقرار غريبة على القانون الجنائى وانما ينبغى أن ينظر اليها كأداة لتحقيق الإدلة الصحيحة ، أى التى احترمت مبدأ الشرعية فى وجهه الإيجابى . أما الحكم الذى تضمن خطأ قطائيا ، أى خطأ فى ثبوت الواقعة ذاتها أو نسبتها الى المتهم فلا يجوز أن تحصنه الحجية لأن المجتمع قد خرج عن حدود حقه فى العقاب ولأن الحجية بذلك تخالف مبدأ الشرعية فى وجهه السلبى — إباحة كل ما ليس جريمة — ومن ثم تخالف القاعدة العليا للقانون الجنائى ، لأن الحفاظ على كيان المجتمع وبقائه ، كما يقتضى تجريم بعض

الأفعال يقتضى كذلك إباحة ما عداها ، يقتضى أن يلزم المجتمع حدود حقه فى العقاب .

وعلى ضوء هذا الإختلاف ، فقد كان منطقيا ما عرضناه من أفتقار الحجية فى القانون الجنائى إلى ذات الاحترام الذى كان لها فى القانون المدنى . ولعل الإصرار على تطبيق المفهوم المدنى للحجية على الحكم الجنائى كان السبب الاساسى فى ذلك « التعقيد الوهمى » الذى أحاط بمشكلة الخطأ القضائى فقد اضطر الفقه أن يضع المشكلة فى قالب مغلوط ومتناقض : مغلوط لأنه يعطى للحجية مضمونا ودورا لا ينبع من الواقع الجنائى ، ومتناقض لأنه أقام المشكلة بين مبدأين أوصلهما فى الأهمية الى حد الحتم وفى تطبيقهما إلى حد استحالة التوفيق بينهما . ثم سعى للبحث عما أسماه « بالتوفيق » أو « المصالحة » بينهما ، والتوفيق يستحيل فى العقل بين المتناقضات[1] : مبدأ العدالة ، وهو يعطى للمحكوم عليه الحق فى أن يطالب — كحق دائم مطلق — باصلاح الخطأ الذى وصمه بما يستتبعه ذلك من الحق فى إعادة طرح النزاع من جديد على القضاء . وحق المجتمع — وفق المفهوم المدنى للحجية — فى تحقيق الاستقرار المدنى بين أرجائه بوضع حد للدعوى بما يستتبعه ذلك من قفل باب القضاء نهائيا وأستحالة طرح الدعوى من جديد أمام القضاء . وقد عرضنا لذلك كله ولسائر الاعتبارات التى سيقت تأييدا له وأثبتنا فشلها أو على الأقل شككنا فى قيمتها فى الواقع الجنائى ، بما لا حاجة معه للتكرار .

ومن خلال ذلك نعتقد أن حجية الشيء المقضى فيه ليس لها فى القانون الجنائى من مضمون أو دور سوى قلب قرينة البراءة التى كان المهتم يعتصم بها فى مرحلتى إعداد الحكم وإصداره — مرحلة التحقيق ومرحلتى الدرجتين الأولى والثانية — الى قرينة ضده ، بمعنى ان تنشأ فى ذات اللحظة قرينة عكسية — فى

---

(١) قارب :

Monglbeaux, op. cit. p. 13

والواقع أن هذا المنطق يؤدى الى « التغليب » لا « التوفيق »

مضمونها فى صالح الحكم ، مقتضاها صحة ما جاء فى الحكم من قضاء : أى قرينة على بلوغ القضاة للحقيقة الواقعية أو على تطابق الحقيقة القضائية التى أعلنها الحكم مع الحقيقة الواقعية . وتتوقف من تلك اللحظة كل استفادة للمتهم من قاعدة الشك ، لكن هذا الأثر بالذات لا ينتقل إلى الحكم فيفسر الشك لصالحه ، لأن قاعدة الشك ليست فى واقعها أثراً للقرينة ذاتها ، لكنها أنعكاس لمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وتسعى مع ما تسعى اليه سائر الإجراءات إلى بلوغ « اليقين القضائى » لا مجرد « الشك » فى المسؤلية . وبالتالى فإن تطبيقها يرتبط بالمتهم كحق من حقوق الدفاع ولا علاقة لها على أى حال بالحكم ذاته .

هذه القرينة بسيطة يجوز تقويضها باثبات العكس

وعلى ذلك فإن إثبات الخطأ القضائى لا يعتبر استثناء على الحجية ، لأن الحجية فى القانون الجنائى ليست مطلقة ، وإنما هو حق بكل ما للحق من خصائص .

وسوف لا نشدد على حق المحكوم عليه فى المطالبة بتصحيح الإدانة الخاطئة التى وصمته ، فذلك ما لم ينازع فيه أحد كما لا نكرر افتقار المجتمع الى المصلحة والصفة فى تثبيت تلك الإدانة لمصلحة أيا كانت . لكننا نضيف أن حق المتهم فى الدفاع لا يتوقف والضمانات التى ينبغى أن تحوط هذه الحق لا ينبغى أن تتوقف بمجرد أنتهاء مرحلة التحقيق والمحاكمة ، وإنما ينبغى أن تستمر حتى بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشىء المقضى فيه ، بحيث يكون حقه فى إعادة نظر دعواه استجابة لمطالب العدل من جهة وأثراً من آثار حق المتهم فى الدفاع من جهة أخرى[1]

ولقد يقال ، أن الحقيقة القضائية التى يعلنها الحكم تختلف عن الحقيقة

(١) انظر :

VITU, op. cit. p. 1215

الواقعية ، وأن هذا التباعد ، وهو حتمى بحكم وسائل البشر ، كان السبب فى نشأة حجية الشيء المقضى فيه وعلة وجودها إذ جاءت لتحل الحقيقة القضائية محل الحقيقة الواقعية ، وبالتالى فان تعليق احترام الحجية على تطابق الحقيقتين يفقد الحجية علة وجودها لأنها انما جاءت أصلا لتقيم هذا التطابق ، أى لتفرضه[1] . ونوافق على تلك المقدمات ، لكننا نرى أن الحجية جاءت لتقيم القرينة على التطابق ، لا أن تفترض التطابق ذاته . والفارق بين المعنيين ، أن ثبوت عدم التطابق بينهما بدليل مؤكد ، يهدم القرينة ويؤدى إلى اعادة نظر الدعوى .

ثم لقد يقال . أن هذا المفهوم من شأنه أن يهدر مبدأ الحجية ، لأنه لا يلقى ظهوراً واقعياً أو قانونياً إلا عند المنازعة فى مضمون الحكم ، أى عند إثبات الخطأ فيه . ويفقد كل قيمة له عند الرضا به ، وبالتالى فإن رفع الحجية عند المنازعة فى مضمون الحكم — وهو حاصل غالباً من الخصم الذى حكم عليه — يفرغ الحجية من كل مضمون معقول لها[2] . ونقول : أن الحجية يظل لها برغم ذلك معنى معقول ، لأنها تكون بمثابة « المصفاة » التى تحدد المنازعات التى تؤدى الى أعادة نظر الدعوى : فلا تسمح بها إلا إذا كان مضمون المنازعة هو ثبوت خطأ الحكم أى عدم تطابق الحقيقة الواقعية ، كل ذلك بأدلة لها وزنها بطبيعة الحال .

والواقع أن هذين التساؤلين يضعان تحت الضوء مشكلة أخرى خارجة عن هذا النطاق ، هى تحديد الحالات التى يجوز فيها هدم قرينة الحجية . أو ما هية الخطأ القضائى وهو موضوع الفصل الأخير .

---

(١) انظر فى المعنى :

ROMEIRO, op. cit. op. 628

(٢) قارب :

PEAN, op. cit, p. 8

ويقول أن الحكم الذى يعارضه أحد ليس بحاجة الى حجية رسمية لأنه يكتسب احترامه من ذاته .

الفصـــل الرابع

أســاس إعــادة النــظر

(١٠٠) اعادة النظر اعلاء للحقيقة الواقعية
(١٠١) اعادة النظر ترياق يرد الاخفاق الذى أصاب حجية الشيء المقضى فيه
(١٠٢) اعادة النظر تثبت افتقار الحكم لحجية الشيء
(١٠٣) مفهوم خاص لاعادة النظر
(١٠٤) اعادة النظر عامل من عوامل رفع شأن القضاء
(١٠٥) اعادة النظر تطبيق لمبادىء العدالة

(١٠٠) الواقع أن إعادة النظر كتنظيم مرصود لتصحيح الأخطاء القضائية ، لم يلق من الفقه كثير إهتمام فى تبيان الأساس الذى يستقيم عليه ، أو الهدف الذى يسعى الى تحقيقه . ومع ذلك فإنه يمكن أن نعثر فى الفقه على عدد من الأسس التى يتنازعها وعدد من الأهداف التى تتوزع عليه فى فهمه للهدف .

فإعادة النظر تستقيم لدى البعض وتهدف إلى « إعلاء الحقيقة الواقعية أو الفعلية » التى هى هدف الاجراءات الجنائيا أساسا ، فالمفروض أن تتطابق الحقيقة التى أعلنها الحكم القضائى مع الحقيقة الواقعية فإذا ما ثبت الخطأ فى الحكم أى ثبت التباعد بين الحقيقة التى أعلنها الحكم والحقيقة الواقعية ، وجبت إعادة نظر الدعوى إعلاء لتلك الحقيقة الأخيرة وهذا الهدف ينعكس على تنظيم المراجعة ذاته فيجيزها سواء فى مصلحة المتهم أى فى حالة الإدانة الخاطئة ، أو

فى مصلحة المجتمع أى فى حالة البراءة الخاطئة لأن الحكم فى الحالين لم يدرك الحقيقة الواقعية أو الفعلية[1] . وعلى هذا الأساس إستقام العديد من التشريعات[2] .

(١) انظر فى هذا الأساس : المراجع الالمانية والايطالية المشار اليها فى :

ROMEIRO, op. cit. p. 623

YVES, op. cit. p. 61

M. LATH, L'autorité de la chose jugée en maitére administratif. Thèse LILE, 1911, p. 73

ويقرر أنه إجراء يهدف الى اثبات أن الحقيقة الواقعية لاتتطابق مع الحقيقة القانونية .

(٢) نذكر من هذه التشريعات : المانيا الشرقية (٥ أكتوبر ١٩٥٢ م ٢١٧) — النمسا (٣٠ ابريل ١٩٦٠ م ٣٥٥) — النرويج (أول يوليو ١٨٨٧ م ٤١٥) — السويد (١٨ أغسطس ١٩٠٢ فصل ٥٨م٣) — البرتغال (١٢ ابريل ١٩٢٩ م ٦٧٣ /٣/٣) روسيا (٢٧ اكتوبر ١٩٦٠ م ٣٧٣ ، ٣٨٠) يوغوسلافيا (أول يناير ٩٥٤ م ٣٧٩) - تشيكوسلوفاكيا (نوفمبر ١٩٦١) — تركيا (٤ ابريل ١٩٢٩ م ٣٣٠) قانون الاجراءات الجنائية الفيدرالى السويسرى ١٥ يونية ١٩٣٤ م ٢٢٩ — وعلى سبيل المثال فان قانون الاجراءات الجنائية لالمانيا الغربية (أول فبراير ١٨٧٧ معدل فى اول مايو ١٩٦٠ م ٣٦٢) ينص على جواز طلب مراجعة البراءة الخاطئة فى الحالات الاتية :

1 - Iorsqu'une plèce produite aux débats eu sa faveur sera reconnu fausse ou falsifiee .

2 - Lorsqu'un témoin ou un expert entendu sous serment se sera rendu coupable sclencement ou par négligence, d'un manquement aux devoirs impoés par le serment, ent faissant une dèposition ou en donnant un avis en sa faveur.

ويشترط فى هاتين الحالتين أن يكون ثمة تأثير على الحكم

3 - Iorsqu'un des juges , jurès ou èch evins qui auront concouru au jagement, aure commis, à l'cocasion de l'affaire. un manquement aux devoirs de sa charge de nature à entrainer des poursuits criminelles et un condamnation a une peine publique .

ويشترط لتطبيق الحالتين الاخيرتين (٢ ، ٣) ادانة الشاهد أو القاضى .

كما يمكن فى سائر الحالات الثلاث السابقة ، طلب إعادة النظر ، سواء ضد المتهم الذى برىء ، أو الذى ادين بعقوبة بالغة الخفة trop lègère

4 - lorsque l'accusè, aprés son acquittement, aura fait, en jnstice, ou extra-judiciairment, un aveu digne de foi relativement au fait pnnissable.

ويعترض البعض على هذا الأساس بدعوى أن إستعراض حالات إعادة النظر يجعل من الصعب إعتماده : فاشتراط فساد الأدلة التى كانت قد قدمت ، أو ظهور وقائع جديدة لا تستقيم مع القول بأن الهدف هو إعلاء الحقيقة الواقعية ، ولو كان لما تعلقت على شيء . ويقينا فإن إعادة النظر فى حالة تعارض الادانات لا تهدف إلى إعلاء الحقيقة المادية وإنما إلى رفع التضارب ذاته[1]

والواقع أن هذه الدعوى لا تقوض هذا الأساس ، لأن الحالات التشريعية لإعادة النظر لا تصلح قط حكما على أساسها ، كما أنه لا شيء يمنع من الإعتقاد بأن إعادة النظر فى حالة تعارض الإدانات تهدف إلى إعلاء الحقيقة الواقعية عن طريق رفع التضارب، لأن الحقيقة بطبعها لا تحتمل التعدد ولا التضارب ، وهو المعنى الذى سوف نراه فى دراستنا لهذه الصورة .

والغريب ، أن هذا الأساس لم يشغل الفقه ولا المشرع سواء فى مصر أو فرنسا فى قليل أو كثير ، فلم نعثر على أحد ينادى أو على الأقل يناقش إعادة النظر فى صالح المجتمع ، أى إعادة نظر البراءة الخاطئة ، إلا من ندر فالمتهم يكتسب بهذا الخطأ حقا لا ينتهك[2] ، سواء لأن الشعور بالعدالة لا يتأثر بتبرئة

= وتتأسس هذه الحالة عدا الاعتراف الكامل ، شبه المؤكد

Raisemblable

اللاحق على الادانة ، وفقط عندما يكون المتهم قد برئ فى الحكم الأول
راجع فى ذلك كله :

YVES, op. cit. p. 59 et 61

(١) انظر :

REMEIRO, op. cit. p. 628

(٢) راجع فى بعض ما فى المتن :

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 9
BOUZAT, op. cit. p. 1459
VITU, op. cit. p. 1207
LE POITTEVIN, op. cit, p. 943

مجرم بقدر ما يتأثر بالحكم ظلما على برىء ، أو سواء لأن اعادة النظر لا يقصد بها سوى رفع ضرر عن المتهم وهو غير متصور إلا فى القضاء بالإدانه ، أو سواء فى النهاية لأنه من الظلم تحميل المتهم ، بعد أن صدر الحكم لصالحه بالبراءة ، عذاب الإتهام الذى حام حوله فقد يخفق هذه المرة لأنه فقد موقفه من الشهود ، أو من الأدلة الأخرى التى سبق وبرأته ، وأن التشريعات التى تشغل نفسها باعادة نظر البراءة الخاطئة تتعلق بأهداب القسوة المنطقية الصارمة بدلا من أن تستلهم ذاتها من إعتبارات الرأفة البشرية وما فيها من سخاء[1]

والواقع أن النظرة الى الخطأ القضائى على أنه لا يؤدى الى ضرر المتهم نظرة ضيقة وتشل من شمول القضية ، إذ فى الجانب الآخر مصلحة المجتمع فى أن يسود العدل فيه والذى يطال بادانة البرىء كما يطال بنفس القدر والكيفية ببراءة المذنب وعلى الفقه الرحيم أن يراعى دائما أنه بصدد مجرم ، العفو معه ، فى غالب الأحوال لا يردعه أو يهديه .

والواقع كذلك ، أن الموقف الذى نناقشه فى مواجهة البراءة الخاطئة ، يعتبر كما ترى المدرسة الوضعية نتيجة منطقية للنظام الإجرائى والفلسفة التقليدية التى يستقيم عليها فى مراعاة مصلحة المتهم دون المجتمع والمفروض أن ذات المنطق الذى يدفع بالفقه إلى تأييد إعادة نظر الإدانة الخاطئة يؤدى بذات القوة إلى المطالبة بإعادة نظر البراءة الخاطئة فمصلحة المجتمع تتطلب أن لا تمر فيه جريمة دون عقاب ، ولئن جاز إعتماد هذا الموقف بصدد الجرائم السياسية لاعتبارات تكمن فى الجريمة ذاتها ، فان مبررات وجوده تنعدم تماما فى الجرائم التى تقع من المجرمين بالطبع والتكوين[2] هذا عن الأساس الأول

---

(٢) راجع على التوالى : محمود مصطفى ص ٦٧٠ — المرصفاوى ، ص ١٠١٥

MONGIBEAUX, op. cit., p. 6

(٢) انظر :

FERRI, op. cit., p. 497

LEMOINE, op. cit. p. 171 et 172

(١٠١) لكن البعض يرى فى إعادة النظر نوعا من « التطعيم أو الترياق لبقاء حجية الشيء المقضى فيه » . فضرورة هذا المبدأ فى المجتمع تقتضى تحصينه دائماً من ضجر الكافة ، حيث سيتولد هذا الشعور لديهم بعمق إذا كان من المستحيل إصلاح الأخطاء التى ثبتت تحت أعينهم ، بينما يكون اصلاحه نوعا من التطعيم أو الترياق الذى يرد الاخفاق الذى أصاب المبدأ . وإعادة النظر وفقا لهذا الأساس تكون جائزة سواء فى صالح المتهم أو فى صالح المجتمع ، وغاية ما يبرزه هذا المفهوم هو تعليق إعادة النظر على ظهور « وقائع جديدة أو أدلة جديدة » بعد حيازة الحكم للحجية[١] وهو ما استقرت عليه معظم التشريعات [٢]

وعيب هذا الرأى — كما يرى البعض — أن القانون المقارن يكذبه ، فعديدة هى الدول التى لم تعرف قط تنظيم إعادة النظر كبعض الولايات فى أمريكا وفى انجلترا والمكسيك . ولم تزل لحجية الشيء المقضى فيه وجودها وقوتها لأن هذا التطعيم أو الترياق يجد ذاته فى اجراء العفو ، والذى استخدم قبل ظهور تنظيم إعادة النظر ذاته ، وفى البلاد التى لم تعترف به[٣] . هذا عن الاساس الثانى .

(١) انظر :

YVES. op. cit. p. 34

SEVESTRE, op. cit. p. 6

وانظر المراجع الايطالية المشار اليه فى

ROMEIRO, p. cit. p. 624

(٢) التشريعات المشار اليها فى الاساس السابق والتى سيشار اليها فى الاساس الاخير باستثناء التشريع الروسى (م ٣٤٢ ، ٣٧٩) والبرازيلى (م ٦٢١ / ١) والسويدى (فصل ٥٨ م ٤/٢) ، فقد أجاز اعادة النظر دون ان تتعلق على ادلة جديدة أو وقائع جديدة .

(٣) سبق واعلنا رأينا فى إجراء العفو فى علاقته بالخطأ القضائى بمالا حاجة معه للتكرار (بند ٨٨) . راجع فيما فى المتن :

ROMEIRO, op. cit. p. 628, 629 et 624

PEAN, op. cit, p. 201 - 292

LE POITIEVIN, op. cit., p. 943

DE VABRE, Traité. op. cit. p. 871 , note 2

والمراجع الايطالية والالمانية المشار اليها عنده

(١٠٢) وثمة من يرى أن إعادة النظر انما تهدف الى إثبات « افتقار الحكم الخاطىء لحجية الشيء المقضى فيه » ، فهى لا تهدف الى اصلاح الظلم أو طمس الخطأ القضائى ، لأن فى اجراء العفو علاجا لذلك ، وإنما هى تهدف إلى إثبات عدم وجود حكم حائز لقوة الشيء المقضى فيه فى المعنى القانونى ، الذى يتطلب لكى يأخذ الحكم شكله (عنصرا موضوعيا) un élément objectif مكونا من أساس من الواقع منضبط وحقيقى une veritable et exacte base de fait فاعادة النظر فى « حالة وجود المدعى قتله حيا » لا تفعل أكثر من أن تثبت أن الأدانة الصادرة فى « دعوى القتل » لم يكن من الممكن قط أن تحوز قوة الشيء المقضى فيه لأنها تأسست على وقائع كاذبة وغير منضبطة Sur des faits faux et inexactes موت شخص هو فى الحقيقة لم يزل حيا ، وبالتالى فان أعادة النظر لا تفعل أكثر من أن تثبت عدم وجود حكم حائز لقوة الشيء المقضى فيه بحسب القصد الحقيقى للقانون وبديهى أن منطق هذا الرأى يجيز إعادة النظر سواء لمصلحة المتهم أو لمصلحة المجتمع .

وينتقد البعض هذا الرأى على أساس أن الحقيقة الواقعية ليست هى الحقيقة القضائية ، وأن الحجية انما جاءت لتقييم التطابق بينهما ، وهو ما سبق وناقشناه . كما ينعى عليه أنه ، لا يفسر إعادة النظر فى الحالات التى لا تتأسس فيها على أدلة كاذبة أو على وقائع جديدة ، كحالة تعارض الأحكام لرفع التناقض فقط ، وهو أيضا ما سبق وناقشناه[٢] كذلك ، هذا عن الأساس الثالث .

(١٠٣) أما الأساس الرابع فقد تقدم به أصحاب نظرية للعمل القضائى هو

---

(١) انظر : JANNITTI PIROMALIO

مشار اليه فى : ROMEIRO, op. cit. p. 625 et 624

(٢) انظر : ROMEIRO, op. cit. p. 628

أن إعادة النظر هي الوسيلة التي تمكننا من الوفاء بالالتزام الطبيعي الذي يفرض علينا السعي نحو الأمثل : أن نجعل المفهوم القضائي للدعوى — بانتظام — في حالة تطابق مع الصورة المتطابقة تماما مع الواقع ، وهي بهذا المعنى من مساعدي حجية الشيء المقضي فيه لكنه لكي يفهم هذا الاساس نردد قولهم فنقول : أن ثمة فارقا لا يمكن إهمال بين « الواقع » la réalité و « الصورة » L'image التي تعبر عنه فالأجسام — كما يقول ديكارت — تتشكل لدينا من مظاهر Representations هذه المظاهرة ليست سوى ناتج لوعينا الذاتي ولا تتطابق في شيء مع الواقع وأي مجهود يبذل في هذا الصدد لا يحصل في النهاية سوى عقيدته الذاتية . هذه الحقيقة الفلسفية ينبغي أن تمتد دون تحفظ — إلى اعادة النظر ، فعالم الطبيعة والقاضي : يهدف الأول الى معرفة القوانين الطبيعية ، بينما يهدف الثاني الى تنظيم النزاع ويظل الواقع la réalité بالنسبة لكل منها غير مدرك un inconnaissable فلا يلاحظ عالم الطبيعة الواقع وانما يلاحظ مظاهره التي تعبر عنه ، ولا يصل الواقع إلى عقيدته الا من خلال نظام تمثلي أو شارح systéme de figuration يجهل القانون الذي يحكمه ، أما القاضي فانه وان ظل واقع النزاع الذي يطلب منه حلة — مثل عالم الطبيعة — غير مدرك ، فانه يتفوق على عالم الطبيعة في أنه يعرف على الأقل — في حدود معينة — القانون الذي يحكم « نظام التمثل » الذي يشكل بفضله مفهوما un Concept لهذا الواقع ، هذا النظام التمثلي أو الشارح هو قانون الاثبات ، فبفضل وسائل الاثبات المشار اليها في القانون يشكل القاضي « صورة » « لواقع » النزاع المعروض عليه .

فالقاضي إذن يقوم بالقضاء وفق مجموعة من المفاهيم تعطي « صورة » أكثر أو أقل اقترابا من النزاع الواقعي ويظل واقع النزاع محتفظا بأهمية قصوى لأنه النموذج le modéle الذي ينبغي أن تعبر عنه « الصورة المتطابقة تماما » وهذه ينبغي أن تعتبر المثال un idéal الذي يكون الاقتراب منه في النطاق الممكن قانونا طبيعيا une loi morale لا يجوز — على الأقل نظريا — لأي تشريع أن يتناقض معه . وحجية الشيء المقضي فيه ذاتها إذا لم تتوافق مع هذا القانون فان عليها أن تخضع له ، لكنها لحسن الحظ متوافقة .

فالالتزام الطبيعى يفرض علينا ، أن نجعل المفهوم القضائى للدعوى — دائما — فى حالة تطابق مع الصورة المتطابقة تماما مع الواقع ، وهذا ما يجعل من الضرورى تنظيم وسيلة توفر إمكانية إثبات أن ثمة اختلاف بين المفهوم القضائى للدعوى والصورة المتطابقة تماما مع الحقيقة ، وهذه الوسيلة هى إعادة النظر [1] ويترتب على هذا المفهوم هذه نتائج :

— إن إعادة النظر لايجوز أن تتقيد فى حالات فتحها بأى نص محدد . وان أى تضييق فى هذا الصدد يشكل اعتداء على القانون الطبيعى فى إتجاهه نحو المثالية[1] .

— أن إعادة النظر لا ينبغى ان تتقيد بأى ميعاد يجرى من يوم الحكم وان جاز أن تتقيد بميعاد يجرى من يوم معرفة العناصر الجديدة[3]

— إن إعادة النظر ينبغى أن تكون مفتوحة ضد جميع الاحكام ، من أول أو آخر درجة[4]

وما لم يستخرجه هذا المفهوم هو أنه يؤدى الى جواز إعادة النظر لمصلحة المتهم أو لمصلحة المجتمع . هذا عن الاساس الرابع .

(١٠٤) لكن البعض يرى أن إعادة النظر تستقيم وتهدف إلى « رفع شأن القضاء »[5] ، فالفحص القضائى الجديد للدعوى الجنائية التى كان قد صدر

(١) GUILLIEN. op. cit., p. 419 à 421

(٢) GUILLIEN, op. cit. p. 421 à 425

(٣) GUILLIEN, op. cit. p. 4. 6

(٤) GUILLIEN , op. cit. p. 427

(٥) سبق و. ر ... ة بان اعادة النظر من شأنها ان تحمل اعتداء على هيبة القضاء » إذ تحمله على تكذيب نفسه وكشف أخطائه أمام العامة وهو المعنى الذى تصرفت على أساسه بالفعل تشريعات بعض البلاد : كانجلترا والمكسيك وبعض دويلات الولايات المتحدة الامريكية ، فلم تعترف بتنظيم إعادة النظر =

فيها حكم حائز لقوة الشيء المقضى فيه ، بقصد اصلاحه إذا تصادف وتضمن خطأ قضائيا ، هذا الفحص إذا من جانب السلطة القضائية ذاتها يؤدى إلى رفع شأنها وتعظيمه فى نظر الكافة ، باعتبارها صوت الدولة ومصدر قوة الشيء المقضى فيه .

ويؤكد هذا البعض فقهه بحجة من التاريخ : فاصلاح الأخطاء القضائية فى التشريعات القديمة ، لم يكن له من سبيل سوى عفو الملوك ، لرفع « الظلم » من الحكم وعقاب القضاة الذين أصدروه أحيانا ، وبالتالى فان أصلاح آثار الاخطاء القضائية كان يجد مصدره فى الحق الالهى المنتسب للملوك — ومع ذلك ولأن أغلبية الأخطاء القضائية انما كانت تنتج من طبيعة الادلة ذاتها بما فيها من كذب أو تزعزع لا من ارادة القضاة أو عجزهم ، انتهى الأمر ، إلى الاعتراف للقضاء بمشاركة الأمير Le Prince سلطانه — والتى كانت فى الأصل استئثارية له — فى إعادة نظر وتصحيح الحكم الحائز لحجية الشيء المقضى فيه ، فكان ذلك إعلاء للعدل على العقاب .

ظهرت إعادة النظر إذن كاجراء قادر على إعطاء العمل القضائى أقصى اهتمام ممكن ، حيث حلت على المنحة الاستثنائية المزعزعة فى اصلاح اخطائهم ، وهذا المعنى هو ما يمكن ان نلحظه فى الأوامر الامبراطورية فى روما كذلك .

كذلك فان إلغاء إعادة النظر ، بمناسبة الثورة الفرنسية فى ١٧ أغسطس ١٧٩٢ ، إنما كانت أسبابه ترتد إلى الاعتقاد الذى شاع وقتها عن « عصمة المحلفين » . كما وان إعادة تنظيم إعادة النظر — فى صورة تناقض الأحكام فى ١٥ مايو ١٧٩٣ لم يكن هدفها سوى حماية سلطة القضاة والمحلفين فى هذه

= واستعاضت عنه باجراء العفو لرفع اثار الخطأ القضائى ، بالنسبة لقانون الاجراءات المكسيكية : راجع قانون ٢٩ أغسطس ١٩٣١ ، ٣٠ اغسطس ١٩٣٤ المواد ٦١٨ ، ٦١٨ ، ٦١٨ فى الأول — و ٥٥٧ ، ٥٦٨ فى الثانى وهما يتعلقان بحق العفو .

الحقبة واصلاح الخطأ الذى يمكن أن يمس هيبة حكم المحلفين[1] .

ومن جهة أخرى فرغم أن قانون الجرائم والعقوبات الفرنسى ١٧٩٣ ، لم يتحدث عن أعادة النظر ، الأمر الذى استخلص معه البعض ضمنا الغاؤها فان محكمة النقض الفرنسية — وأيدها بعض الفقة — رفضت الاعتراف بهذا الالغاء واستمرت فى العمل « بديكرتو » ١٥ مايو سنة ١٩٧٣ ، « لرفع التناقض الذى أصيب به حكمان صادران من محكمة Haut Rhin حين أصدرت — بالتتابع — ادانتين من أجل سرقة واحدة وقعت من شخص واحد فى حكم govendemiaire an IX[2] . رفع هذا التناقض فى نظر أصحاب هذا الفقه ، لا يهدف — كما يرى الاستاذ الايطالى VICONZO MANZINI — بالضبط إلى تصحيح ما أصطلح فى الفقه على تسيمته بالخطأ القضائى ، إنما يهدف إلى منع التضارب المؤسف للأحكام ، بتطبيق معيار لرفعه هو الأكثر ملائمة للمحكوم عليه ، ولذلك فنحن فى هذه الحالة لا نبحث أى الحكمين كان خاطئا وإنما نسعى إلى طمس هذا التضارب الذى حدث بينهما . هذا عن ظهور إعادة النظر ، وإلغائها ، وإعادتها فى الحقب التاريخية المختلفة .

ويضيفون أنه ، حين صدر قانون تحقيق الجنايات ، مضيفا إلى هذه الحالة — تضارب الأحكام — حالتى وجود المدعى قتله حيا ، وفساد الأدلة . فان العالم قد استقبله بعدد من المواقف يمكن أن تكشف — كما تتضح من الدراسات المقارنة — عن صحة هذا الأساس : فقد تعرضت حالات إعادة النظر إلى تضيق يحصرها فى حالات « تناقض الأحكام » ، و « فساد الأدلة » و

---

(١) فى هذا المتن : PINATEL. op. cit. p. 21 et 24

(٢) انظر فى عرض هذه المشكلة بالتفصيل : PINATEL, op. cit. p. 26 et 24
FAZY, op. cit. p. 28

وجدير بالذكر أنهما من مؤيدى حكم المحكمة .

« الأدلة الجديدة » أو « الوقائع الجديدة » هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن هناك اهتماما عاما ، من المشرعين بتوقى الإشارة الصريحة إلى حالات الأخطاء القضائية الدالة على فساد القضاة . والاتجاه من جهة أخيرة إلى توسيع نطاق إعادة النظر بحيث تنطبق على أحكام البراءة الخاطئة ، حتى يمكن منع المتهم الذى برىء خطأ من الاعتراف بجريمته ، أو بالطريقة التى ضلل بها القضاة وتعريضه بالتالى لأحتقار العامة ولعل فى ذلك ما يكشف عن رقود إعادة النظر على هدف رفع شأن القضاء عن طريق السماح له هو نفسه بتصحيح بعض اخطائه وليس كلها وعلى هذا الأساس ، فان البلاد التى لم تعترف بعد باعادة النظر ، لم يعد هناك ما يسمح بتأيد موقفها طالما انها ترفع من شأن القضاء لاتخدشه كما يعتقد مشرعو هذه البلاد . كما أن هذا الاساس يؤدى ولا شك فى منطقه ، إلى التصريح باعادة النظر فى مصلحة المجتمع ، لكن الاهمية العملية له تكمن فى الغاء « علة وجود » الاشتراط الذى يتطلب للتصريح باعادة النظر ظهور « وقائع جديدة » أو « طرق اثبات جديدة » والذى كان هدفه حماية هيبة القضاء لأن قاض اعادة النظر يقول لدى اصلاحه لقاض الحكم المطعون فيه « أنا أحكم بما كان يمكن لك انت نفسك أن تقضى به لو كنت تعرف ما أعرف الآن » . على عكس قاض الاستئناف الذى يقول لقاض الحكم المستأنف « لقد أخطأت وأنا أصحح لك خطأك » .

ومادامت اعادة النظر لا تقلل من هيبة القضاء بل تعظمها ، فمن الطبيعى أن تنطبق على الحالات التى يكون فيها الحكم ظاهر الفساد فى علاقته بذات الأدلة التى كان هذا الحكم قد تأسس عليها ، أو بحسب الصياغة التقليدية للقانون البرازيلى إذا كان الحكم مخالفا لبداهة الدعوى l'évidence due procés فبهذا وحده يكون للقضاء هيبته واحترامه ، وبهذا وحده نجنبه جهد التعلق بالصياغة والحيل لادماغ وصف « الجديد » على وقائع كانت فى حقيقتها معروفة ، كما تفعل كثير من المحاكم لاسيما الايطالية[1]

(١) انظر فى هذا الاساس
ROMEIRO, op. cit. p. 623 à 630
والمراجع العديدة المشار اليها فيه

(١٠٥) وتتأسس إعادة النظر أخيرا ، لدى البعض ، على مبادىء العدالة التى تعطى للمحكوم عليه الحق فى إعلانه براءته أمام القضاء باعتباره حقا طبيعيا له ولو كان الحكم قد حاز قوة الشيء المقضى فيه ومنطلق هذا الرأى يؤدى الى اقتصار إعادة النظر على حالة الادانة الخاطئة أى البراءة فى صالح المتهم ، أما البراءة الخاطئة فانها تعطى للمتهم حقا لا ينتهك ، وهى نقطة الضعف الخطيرة فى هذا الأساس ، وعلى هذا صار العديد من التشريعات ومن بينها التشريع الفرنسى والمصرى ، لكن الفقه فيهما يصر — للأسف — على النظر إلى هذا « الحق » من وجهة نظر الحجية فينقلب الحق إلى استثناء على الحجية [1]

تلك هى الأسس التى قيلت فى الفقه وسارت عليها التشريعات ، والواقع أن الخيار بينها لا يخلو من استبداد ، وهو جهد تشريعى بالدرجة الأولى ويتوقف على الفلسفة التى يستقيم عليها التجريم فى المجتمع .

---

(١) انظر فى هذا الاساس :

FAZY, op. cit. p. 240

ROMEIRO, op. cit. p. 628

وفى التشريعات ، فضلا عن الشريع المصرى والفرنسى ، الايطالى ١٠ اكتوبر ١٩٣٠ م ٥٥٤ — الاسبانى ١٤ سبتمبر ١٨٨٢ م ٩٥٤ — اليابانى ١٩٤٨ م ٤٣٥ — البرازيل ٣ اكتوبر ١٩٤١ م ٦٢١ — الارجنتين ١٧ اكتوبر ١٨٨٨ م ٥٥١ — فنزويلا ١٣ يوليو ١٩٣٦ م ٥٦

الفصل الخامس

الصور التشريعية للخطأ القضائى

(١٠٦) طبيعة الصور التشريعية تقسيم !
(١٠٧) الصورة الأولى : وجود المدعى قتله حيا
(١٠٨) الصورة الثانية : تعارض الادنات
(١٠٩) الصورة الثالثة : ادانة أحد الادلة
(١١٠) الصورة العامة « الواقعة الجديدة »
(١١١) طبيعة الواقعة
(١١٢) جدة الواقعة
(١١٣) جسامة الواقعة

(١٠٦) يتسع نطاق الخطأ القضائى فى الحكم وفق التشريعين المصرى والفرنسى ليضم عددا من الصور الخاصة التى جعل منها المشرع قرائن على وقوع الخطأ القضائى فى الحكم ، وهى :

ــ وجود المدعى قتله حيا
ــ تعارض الادانات
ــ ادانة أحد الادلة

كما يضم الى جانب هذه الصور الخاصة ، صورة عامة هى ظهور وقائع جديده ، أو أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة من شأنها أن تثبت براءة المحكوم عليه . وبينما تعتبر الصور الخاصة من قبيل الصور « الحسابية » للخطأ القضائى

فان الصورة العامة تعتبر من قبل الصورة « التقديرية للخطأ القضائى . والصفة الحسابية للصور الخاصة تأتى من تميزها بالخصيصة الشكلية والخصيصة الاجبارية .

فأما عن الخصيصة الشكلية، فتعنى أن تلك الصور تعتبر شكلا « دليلا قانونيا » على وقوع خطأ قضائى فى الادانة بصرف النظر عن القوة الموضوعية لتلك الصورة على حكم الادانة فقد يتضح من المرافعات الحضورية بقاء مسئولية المحكوم عليه برغم الدليل . وعلى هذا الأساس فان محكمة النقض فى نظرها قبول إعادة النظر فى سائر تلك الصور لا تملك سوى التحقق الشكلى من وجود الدليل بالصورة التى نص عليها القانون دون أن يكون لها أن تنظر فى تأثيره من الناحية الموضوعية على الادانة التى يطلب اعادة نظرها ، فالتحقق من هذا التأثير من اختصاص محكمة الاحالة ــ أو محكمة النقض ذاتها ــ عند نظر « موضوع » الطعن لا مسألة « قبوله » . وفى ذلك ما يبرز الخصيصة الاجبارية لهذه الصور والتى تعنى نزع كل سلطة تقديرية من جانب المحكمة عند نظرها مسألة القبول . هذا كله على عكس الصورة التقديرية أو الصورة العامة والتى تقوم أساسا على عبور مرحلة التحقق من التأثير الموضوعى للواقعة الجديدة أو الأوراق المجهولة على الادانة المطلوب اعادة نظرها والتى عبر عنها القانون : بأن يكون من شأنها اثبات براءة المحكوم عليه .

بعبارة أخرى لا تتحقق محكمة النقض فى صدد الصور الحسابية للخطأ الا من « وجود » الدليل بالصورة التى رسمها القانون بحيث لا يكون لها من سلطان فى قبول اعادة النظر أو عدم قبوله سوى التحقق من هذا الوجود ، لأن هذا الوجود فى حد ذاته يقيم « قرينة قانونية » على وجود خطأ فى الحكم بما لا كلمة للقضاء من بعده سوى التحقق فى المرافعات الحضورية من صحة هذه القرينة أو فسادها ، أما فى صدد الصورة العامة فان محكمة النقض مكلفة بمقتضى القانون بأن تبحث فى تأثير هذه الواقعة على الادانة بحيث لايجوز قبول الطلب باعادة النظر الا اذا قامت لديها « قرينة قضائية » على خطأ الحكم وثبوت براءة المحكوم

عليه المبدئية .

هذا الخلاف بين الصور الحسابية والصورة التقديرية ، فرضته وقائع التاريخ وطبائع الأشياء . فالصور الحسابية هى أقدم ما عرفته التشريعات من صور الخطأ القضائى ، واختيار هذا الشكل من الصور كان انسياقا مع التصور التشريعى السائد والذى كان محكوما بقواعد كانت نمطا للاجراءات فى هذا الوقت لاسيما فيما يتعلق بقواعد الاثبات .

كانت نظرية الاثبات الجنائى تستقيم على الدليل القانونى ، والدليل القانونى فى مضمونه دليل حسابى بالمعنى الدقيق يؤدى أن وجد الى نتيجة محددة لا تتحقق فى الأساس بدونه ، وفى ذلك ما كان ينزع عن القاضى الجنائى كل سلطة فى تقدير الأدلة واختبارها ، فكانت الصور الحسابية للخطأ مسايرة ثم صدى لهذه النظرية . استقامت فى الأصل على أساسها ثم سارت من بعد بدفعها الذاتى .
ولما جاء التطور بنظرية الدليل المعنوى فى الاثبات الجنائى ، والدليل المعنوى فى مضمونه دليل تقديرى يتوقف بدءا على استقبال القاضى له وتتوقف حجيته على مدى اقتناع القاضى به فى كل حالة على حدتها ، كانت الصورة العامة للواقعة الجديدة مسايرة لهذه النظرية ودوراناً فى فلكها .

وعلى ضوء ذلك التحليل لا نشك فى ضرورة أن يسير تفسير هذه الصورة على هدى منه .

وجدير بالذكر ، أن القول بجريان تقدير محكمة النقض على الصور الحسابية للخطأ للكشف المبدئى عن الاثر الموضوعى للدليل على الادانة ــ من شأنه أن يهدم علة وجود هذه الصور ويكون تعدادها بذلك لغوا عابثا . لأن فى التسليم بحق محكمة النقض فى تقدير الاثر الموضوعى لدى القبول ما يعطيها الحق فى حجب سائر الصور التى لا تقيم لديها قرينة قضائية على براءة المحكوم عليه ، وهو ما يحدث فى الحالة العامة وبالتالى فان اللجوء الى تلك الصور يصبح معدوم المعنى

طالما يؤدى إلى ذات النتائج ويتعلق على ذات الشروط التى تتعلق عليها الصورة العامة التقديرية .

أولا : الصور الحسابية للخطأ القضائى :

(١٠٧) الصورة الأولى : وجود المدعى قتله حيا :

عبرت المادة ٤٤١ عن ق.أ.ج المصرى عن هذه الصورة بقولها « ١ - إذا حكم على المتهم فى جريمة قتل ، ثم وجد المدعى قتله حيا » . أما المادة ٦٣٣ من ق.أ.ج الفرنسى فقالت : ١ - عندما تقدم بعد الادانة فى جريمة قتل ، مستندات من شأنها ان تولد أمارات كافية على وجود المدعى قتله .... »

وبادىء ذى بدء ، تدور هذه الصورة فى نطاق جريمة القتل ــ عمداً كان أو خطأ ــ وكذلك جريمة الضرب أو الجرح المفضى إلى الموت ــ وحدها ، لكنها لا تستوعب الادانة الصادرة فى جريمة شروع فى قتل لأن وجود المدعى قتله حيا لايفيد فى شىء[1] . كما لا تستوعب من باب أولى سائر الجرائم الاخرى ولو تماثل

---

(١) انظر :

SADOUL, op. cit. p. 73
MONGIBEAUX, op. cit. p 136
LEMOIN, op. cit. p. 176
SEVESTRE, op. cit. p. 184
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 93
BOUZAT, op. cit., p. 1461
BERTRE , op. cit. p. 69
GARRAUD, T.V. op. cit. p. 579
BE VABRE, Trait1 op. cit. p. 579
HELIE, op. cit. p. 527

وفى المعنى : محمود مصطفى ، ص ٧٦٠ ــ فتحى سرور ، ص ٧١٦

الخطأ من الناحية الواقعية كوجود المعانى سليما دون أية عاهة فى ادانة صادرة بسبب ضرب افضى إلى عاهـة ، أو وجود المال سليما دون تلف فى إدانة صادرة فى جريمة اتلاف.

ولا تتحقق هذه الصورة إلا اذا كانت الادانة الصادرة قد اعتمدت على ظهور امارات ـــ غير اكتشاف الجثة أو آثار القتل ـــ عاصرت أو لحقت اختفاء شخص ما ، وولدت اعتقادا كافيا على أن شخصا ما قد قتل ، وأنه هو الذى اختفى . ثم أمارات أخرى متوازية مع الأولى ولا ترتبط بها ، ولدت استقلالا الاعتقاد بأن شخصا ما ـــ هو المحكوم عليه ـــ هو القاتل[1]

هذه الأمارات قد تكون صحيحة فلا يتمخض عنها بالتالى خطأ قضائى . لكنها قد تكون كاذبة مطلقاً . إذا كان المدعى قتله لم يزل حيا الى اللحظة التى صدرت فيها الادانة . كما قد تكون كاذبة فى معنى أن المدعى قتله كان قد مات موتا طبيعيا ، أو على أثر حادثة قدرية ، أو نتيجة جريمة جنائية وقعت من غير المحكوم عليه ، سواء أكان هذا الموت قد تحقق قبل الفعل الذى رفعت الدعوى الجنائية على أساسه ، أم بعد رفعها وأثناء نظرها ، أو كان قد تحقق بعد صدور الادانة بشأنها . وتلك صور كلها لأخطاء قضائية لا يمارى فيها عاقل ، لأنه تأصيلها يقود الى واحد من فرضين : أما أن جريمة مالم تقع ، أو وقعت لكن من غير المحكوم عليه ، وهذا هو مضمون الخطأ القضائى .

وقد اختلفت مواقف التشريعات تجاه تلك الصورة فثمة تشريعات اعترفت بالخطأ القضائى فى سائر تلك الصور ، واختارت لتلك الحالة صياغة تشملها[2] .

(١) انظر :

PERTRE op. cit, p. 69 - SEVESTRE op. cit., p. 183 et SADOUL, op. cit. p. 73

(٢) انظر ٤٣٩ من ق.أ.ج. اليابانى لنسة ١٨٨٠ مشار اليه فى

BERTRE,

LEMOINE, op. cit. p 177 , op. cit. p. 70 =

أما التشريع الفرنسى ، فلم يعترف الا بالخطأ القضائى الذى ينتج من الكذب المطلق للامارات التى تأسست عليها الادانة ، واشترط بالتالى أن يكون المدعى قتله حيا إلى لحظة صدور الادانة . فقد اشترط المشرع الفرنسى أن تكون الادلة لاحقة على صدور الأدانة ، فاذا كانت تلك الأدلة قد قدمت أثناء نظر الدعوى فمفروض ان القضاء قد قدرها وقدر قصورها فى إثبات « وجود المدعى قتله »[1] . كما اشترط أن تكون هذه الأدلة من شأنها أن تولد أمارات كافية على « وجود » المدعى قتله ومن ثم فالأدلة التى تولد امارات كافية على « عدم وجود » أى موته قبل الفعل الذى أقيمت على أساسه الدعوى ، موتا طبيعيا أو قدريا أو جنائيا من غير المحكوم عليه لا تستوعبها هذه الصورة . لكن جماعة الفقه تكفى بأن يكون المدعى قتله لم يزل حيا لحظة الادانة ولو كان قد مات لحظة طلب إعادة النظر أو نظرها ، موتا طبيعيا أو قدريا أو جنائيا . ويمكن إثبات ذلك بكافة طريق الاثبات ، غاية الأمر أن الخطأ يصبح عينيا وملموسا إذا كان دليله هو « وجود المدعى قتله » بحيث تصبح إعادة النظر تحقيقا للشخصيات فقط ، وفى غير تلك الحالة فان الدليل ينبغى أن يكون من القوة بحيث يولد الامارات الكافية على هذا الوجود ، الأمر الذى يتصور فى مستخرجات الوفاة الرسمية الصادرة فى فترة لاحقة على الأدانة أو فى شهادات حاسمة موثوق فيها[2]

(١) ونصها :

" Si une condamnation a été prononcèe pour homicide et qu'il y ait preuve de l'existence pretendue homicidée an moment ou la condamation a étè prononcée, ou de sa mort anterieurement à l' acte incriminé "

SADOUL, op. cit., p. 73
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 93
LEMOINE, op. cit. p. 176
SEVESTRE op. cit., p. 184

(٢) انظر فى ذلك

SEVESTRE, op. cit. p. 184
BETER op. cit, p. 70
MONGIBEAUX op. cit. p. 137
= SADOUL, op. cit., p. 75

ولكن البعض يرى فى هذا التفسير توسعا لا تحتمله ألفاظ النص ، ويشترط وجود المدعى قتله حيا أو إقامة الدليل على وجوده الحالى ، ودون ذلك فثمة مجال للتشكك فى قيمة الادلة ، سواء بإعمال تصرفات مكذوبة لاثبات المدعى وجوده ، أو لتحريف أو اصطناع مكتوبات لاثبات وجود الشخص أو تغيير تاريخ وفاته ، كما أن الشهادة تصبح فى هذه الحالة محل شك كبير[1]

والواقع أن هذا الرأى قد تطرف ، فهذه كلها أعراض يحتمل ان تصيب الدليل عموما ، وللقضاء فى جميع الأحوال سلطة التقدير فيها ، فلماذا تصبح هذه الأعراض مانعا إذا تعلق الأمر باثبات الخطأ القضائى ولا تكون كذلك لدى إثبات الادانة ذاتها . فضلا عن ذلك ، فهو يشترط اشتراطاً غريبا هو بقاء المدعى قتله حيا لدى نظر إعادة النظر . والسؤال : من يضمن هذا البقاء ومن يتحمل نتيجة تخلفه ؟!

أما فى مصر فلم يعترف المشرع هو الآخر الا بالخطأ القضائى الذى ينتج من الكذب المطلق للأمارات التى تأسست عليها الادانة ، ويبدو ذلك واضحا فى صياغة المادة ٤٤١ : « إذا احكم على المتهم فى جريمة قتل » ، « ثم » وجد المدعى قتله حيا ... » . وبالتالى يكفى أن يكون المدعى قتله لم يزل حيا لحظه الادانة ، ولو كان قد مات، موتا طبيعيا أو قدريا أو جنائيا بعد الأدانة . لكن محكمة النقض المصرية قد تطوعت فى أحد أحكامها بالقول . « بأن المشرع المصرى احتراما للحجية لا يكتفى كالفرنسى بتطلب مجرد ظهور الدليل على وجود المدعى قتله حيا بل أوجب وجوده بالفعل حيا ، مما يؤكد أن التشريع القائم لدينا لا يقبل

---

(١) انظر :

LEMOINE, op. cit. p. 167

GARRAUD, op. cit. p. 579

HELIE, op. cit. p. 527

على أن المستند يشمل سائر ادلة الاثبات

BOUZAT, op. cit. p. 1461

وان اضاف بأن محكمة النقض تصبح صاحبة التقدير النهائى للدليل — ويوافق

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 73

الدليل المحتمل بل أنه يتطلب الدليل الجازم القاطع بذاته فى ثبوت براءة المحكوم عليه أو سقوط الدليل على ادانته[1]

ولسنا من هذا التفسير . فالنص — كما سنرى — لم يوجب تأثيرا محددا للدليل بل أوجب إعادة النظر شكلا « إذا وجد المدعى قتله حيا » هذا الوجود ينبغى وفقا للقواعد العامة إثباته بالأدلة التى تنتجه ، وإذا كان « الوجود » نفسه يعتبر دليلا عينيا وملموسا فليس هو الدليل الوحيد ، بل يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات ، دون أن يقال أن المشرع يقبل الدليل المحتمل ، لأن المشرع لا يقبل كذلك الدليل المحتمل على ثبوت الادانة ، ولم يقل أحد أن« وجود الجثة » هو الدليل الجازم الوحيد على ثبوت القتل بل يجوز إثبات الأخير بكافة طرق الاثبات دون أن توصف بأنها أدلة محتملة .

وفضلا عن ذلك فان هذا الوجود مسألة قدرية لا يجوز مصادرة حق ضحية الخطأ القضائى بسبب تخلفه . وعلى هذا الاساس فانه لايلزم بقاء المدعى قتله حيا إلى اللحظة التى يطلب فيها اعادة النظر بل يكفى اثبات وجود المدعى قتله حيا لحظة الادانة[2]

وبهذا يتضح أن المشرع المصرى والفرنسى يتخذان من وجود المدعى قتله حيا بعد الادانة دليلا رسميا على الخطأ القضائى فى الحكم ويوجب اعادة نظر الدعوى . أما وجود المدعى قتله حيا بعد الفعل الذى رفعت الدعوى على أساسه وقبل صدور الادانة وكذلك وفاة المدعى قتله قبل الفعل موتا طبيعا أو قدريا أو جنائيا من غير المحكوم عليه فلا يدخلان — فى القانون المصرى والفرنسى — فى هذه الصورة . وهذه الصورة تعتبر من الصور الشكلية على الخطأ والتى توجب اعادة النظر بمجرد ثبوت الدليل دون أدنى تقدير من القضاء .

---

(١) نقض ١٩٦٧/١/٣١ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٢٧ ص ١٤٢

(٢) فى المعنى : محمود مصطفى ، ص ٦٧٠

ويبقى سؤال لم يجب عنه أحد ، هو هل هذا الخطأ يؤدى ضرورة إلى براءة المحكوم عليه ؟ وبرغم أن صياغة هذه الحالة — سواء فى مصر أو فرنسا — قد جاءت خالية تماما من أى قيد فيما يتعلق بتأثير وجود المدعى قتله حيا على الادانة الصادرة . الا أن محكمة النقض المصرية قد قررت[1] : « بل أنه (تقصد التشريع القائم) يتطلب الدليل الجازم القاطع بذاته فى ثبوته براءة المحكوم عليه أو سقوط الدليل على ادانته » . كما أن جماعة الفقه متفاهمة فى أن هذا التأثير مفترض وهو براءة المحكوم عليه . براءته من الواقعة بكافة أوصافها ، بحيث يظهر أن الواقعة ذاتها لم تحدث أو حدثت من غير المحكوم عليه ، وهذا يؤدى الى نتيجة غريبة ، فى الحالة التى يثبت فيها ، وجود المدعى قتله حيا، براءة المحكوم عليه عن الوصف القانونى الذى صدرت الادانة على اساسه وهو « القتل » فقط مع بقاء مسئوليته عن جريمة قبض بدون وجه حق مثلا كانت كل ما وقع منه على المدعى قتله وكانت السبب فى الظن بوقوع هذا القتل . هنا لا يكون المحكوم عليه بريئا على المعنى الذى يتواضع عليه الفقه ، فهل تكون اعادة النظر مرفوضه ؟

والواقع أن الفصل فى هذه المشكلة بالغ الدقة . لأن التصريح باعادة النظر فى هذه الحالة — والنصوص لا تمانع — يؤدى الى نتيجة لم تكن فى قصد المشرع المصرى والفرنسى عند وضع النصوص ، وهى اعادة النظر لتطبيق نص جنائى أقل قسوة ، كما أن القول بالعكس تثبيت لخطأ قضائى فادح طبقت على أثره عقوبه الاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقته — م ٢٢٤ ق.ع.م — على شخص ارتكب جريمة لا تطبق عليها غير عقوبة الحبس — م ٢٨٠ ق.ع.م ـ وليس له فى نفس الوقت أن يلجأ الى الحالة العامة للمراجعة وهى « الواقعة الجديدة » . والتى يشترط فيها على خلاف تلك الحالة أن يكون من شأنها اثبات براءة المحكوم عليه ، ولعل فى تلك الاعتبارات ما يدفعنا الى الميل الى الحل الأول .

وبعد ، فقد ظهرت هذه الصورة لأول مرة فى قانون تحقيق الجنايات الفرنسى لسنة ١٨٠٨ ، تعبيرا عن الرغبة التى تملكت المشرع الفرنسى فى الاحترام الكامل

(١) حكم ١٩٦٧/١/٣١ سابق الاشارة اليه

لحجية الشيء المقضى فيه ، ولذلك فقد صبها فى صياغة صارمة نادرة التحقيق عملا[1] . ولا نعتقد انها يمكن أن تلقى فى المستقبل تطبيقا عمليا . فذلك التطبيق يتطلب ضعفا بالغا فى وسائل البحث القضائى ووسائل العلانية والنشر . وما الحرص على النص عليها الا نوع من الاعجاب بخيالية الفرض ونوع من الاحترام لنصوص ق.ت.ج. والذى لم يعد لنصوصه فى الواقع سلطان الا فى أضيق الحدود . وفضلا عن ذلك ، فان شروط هذه الحالة بالصرامة التى هى عليه فقدت حتى قيمتها النظرية — وهى حرمان القضاء من تقدير دليل الخطأ — بعد ادخال الحالة العامة للواقعة الجديدة . فالواقع أن هذه الصورة تعتبر مثلا نموذجيا للواقعة الجديدة فى القانون . ولذلك فنحن نأمل فى الغائها فى أول تشريع مقبل ، كما فعلت بلاد عديدة[2] . لأن تقدير القضاء فى مثل هذه الحالة سوف يكون تقديرا شكليا محضا .

(١٠٨) الصورة الثانية : تعارض الادانات :

عبرت المادة ٤٤١ من ق.أ.ج المصرى عن هذه الصورة بأنه « ١ – إذا صدر حكم على شخص من أجل واقعة ، ثم صدر حكم على شخص اخر من أجل الواقعة عينها وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج منه براءة احد المحكوم عليهما ... » أما قانون أ.ج. الفرنسى فقد قرر فى مادته ٦٢٢ بأنه « ٢ – إذا صدر — بعد إدانته فى جناية أو جنحة — حكم جديد يدين لنفس الواقعة متهما آخر بحيث لا يمكن التوفيق بين الادانتين ويصبح تعارضها دليلا على براءة احد المحكوم عليهما »

---

(١) انظر :

MONGIBEAUX, op. cit., p. 136 et 137

(٢) انظر فى المعنى :

SEVESTRE, op. cit. p. 184
FAZY, op. cit. p. 67

ومن الجدير بالذكر أن القانون الألمانى لم يعترف بهذه الحالة

فمن المفهوم ، أن الحكم القضائى تعبير عن الحقيقة القضائية فى الادعاء الجنائى الذى صدر فيه ، ومفروض أن تلك الحقيقة هى ذاتها الحقيقة الواقعية فى الادعاء فإذا ما صدر فيه هو ذاته حكم جديد يعبر عن حقيقة قضائية مختلفة عن تلك التى عبر عنها الحكم السابق ، فذلك معناه أحد الحكمين — على الاقل — قد تناقض مع الحقيقة الواقعة وأن خطأ قضائيا قد وقع .

وتعارض الأحكام يعد توقيه هدفا أساسيا من أهداف الاجراءات الجنائية ، وهو قابل لأن يتحقق فى الأحكام بلا استثناء ، سواء أكانت بالبراءة أم بالادانة . ثم هو أن وقع يعد دليلا كاملا على الخطأ القضائى يستمد قوامه من الأحكام ذاتها ، حيث يصبح كل منها دليلا على ادانة الاخر ، ومن هنا تتخذ هذه الصورة طابعا شكليا محضا يعلق بالأحكام ذاتها ويبرر ، إمكانية طلب إعادة النظر لكافة المحكوم عليهم فى الأحكام المتضاربة ولو لم يكن الطالب هو الضحية الحقيقى للخطأ القضائى[١]

ولم ير المشرع المصرى والفرنسى ، ادخال تعارض الأحكام — برمتها — فى عداد الصور الحسابية للخطأ القضائى ، لكنهما اختصا من بينها حالة تعارض الادانات فقط ، وهما بذلك ، يتقيدان ، بالتقديم التاريخى لهذه الصورة كما عرفت كأقدم صور الخطأ القضائى ، من جهة ، ويتمشيان مع كافة التشريعات التى اعترفت بتنظيم إعادة النظر فى التسليم بهذه الصورة[٢] ، من جهة أخرى .

---

(١) فى تقرير تلك النتيجة :

GARRAUD, op. cit, p. 576
YVES , op. cit. p. 44
MONGIBEAUN, op. cit. p. 138

(٢) انظر على وجه الخصوص :

DESIARDIN, op. cit. p. 759 et 760
FAZY, op. cit. p. 68

وقد اعترف بهذه الصورة لأول مرة بديكرتو ١٥ مايو ١٧٩٣

وتعارض الإدانات ، يتوقف تحققه — بادىء ذى بدء — على وقوع النيابة العامة فى خطأ إجرائى . فالواقع أن صدور حكم جنائى نهائى بادانة شخص ما عن واقعة معينة ، وأن كان لا يحرم النيابة العامة من رفع الدعوى الجنائية على كافة المساهمين فى تلك الواقعة سواء بوصفهم فاعلين لها مع المحكوم عليه أم شركاء له فى إرتكابها . فانها تفقد حقها فى رفع الدعوى الجنائية على شخص اخر بوصفه الفاعل الحقيقى للواقعة التى صدرت الادانة النهائية بشأنها . للنيابة ، بل وعليها ، أن تبدأ باتخاذ إجراءات إعادة النظر فى صالح المحكوم عليه الذى كشفت لها الوقائع الجديدة المسئولية المانعة لغيره عنها ، ودون ذلك فان النيابة العامة لا تسترد حريتها فى رفع الدعوى الجنائية على الفاعل الحقيقى[1] . وإلا كان التنظيم الاجرائى فاسدا فى هيكله ، ويصبح تناقض الاحكام منطقيا فى ظله ، لذلك انحزنا الى القول بأن تحقق هذه الصورة يعنى من البدء وقوع النيابة العامة فى خطأ إجرائى . وأيا ما كان الأمر ، فان تعارض الادانات لا يتحقق إلا بشرطين :

— الأول : صدور حكمين مستقلين — على الأقل — بالإدانة .
— الثانى : تعارض الإدانات تعارضا يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهم .

الشرط الأول : صدور حكمين مستقلين — على الأقل — بالادانة :

وينتفى هذا الشرط بداءة إذا كانت الواقعة لم يصدر فيها سوى حكم وحيد ، ولو تضمن فى منطوقه تضاربا يمكن رفعه ، فذلك تضارب فى الحكم لا فى الأحكام[2] . وعلى هذا الأساس ، يخرج من نطاق هذه الصورة التضارب الذى

(١) محمود مصطفى ، ٦٧١ ، ٦٧٢ — ونقض ١٩٦٩/٣/٣١ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ، ٨٧ ص ٤٠١
وانظر :

BOUZAT, op. cit. p. 1219

(٢) انظر :

GARRAUD op. cit. p. 581
BERTRE, op. cit. p. 71

يحدثه بين الإدانات، التى أعلنها حكم واحد على عدد من المتهمين بصدد واقعة واحدة ، إذ يفترض أن إرادة القضاة ، قد قدرت وإتجهت إلى تلك الادانات جميعا . ونفس الأمر إذا تضارب الحكم الصادر مع شهادات الشهود أو الاعتراف أو تقارير الخبراء أو غيرها من الاجراءات طالما لم تؤد تلك الاجراءات الى حكم بالإدانة ضد شخص آخر[1] فبديهى أن التعارض هنا لا يعتبر بين الأحكام .

يلزم إذن أن يكون ثمة حكمان على الأقل ، ثم يلزم أن يكون كل منهما مستقلا عن الاخر ، أى متعاقبين من جهة ، وأن يكون كل منهما قد أصبح نهائيا أو حائزا لقوة الشيء المقضى فيه كما ترى جماعة الفقه من جهة أخرى . فإذا كان الحكم الثانى لم يزل قابلا للطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف أو للسقوط بالحضور فى حالة الإدانة الغيابية الصادرة فى مادة جنابة ، وكذلك إذا كان لم يزل قابلا للطعن فيه بالنقض على رأى جماعة الفقه ، فان امكانية الغائه تظل قائمة ولا يعتبر التعارض بينهما بالتالى قد وقع بعد . ومن بعد ذلك يشترط ، أن يكون كل من الحكمين قد صدر بالإدانة ، لأن المشرعين — المصرى والفرنسى — لغير ما حكمه مفهومة ، لم يقررا سوى تعارض الإدانات لا الاحكام ، وبالتالى إذا كان أحد الحكمين صادرا بالبراءة فلا تعارض فى مفهوم هذه الصورة ، ويظل هذا صحيحا ولو كانت البراءة قد أسست على « عدم وقوع الفعل » أ « عدم

= SADOUL op. cit. p. 79
SEVESTRE op. cit. p. 187
LEMOINE . op. cit. p. 178
MONGIBEAUX, op. cit. p. 139

(١) انظر :

Cass. Crim . 17 Déc 1868 D. 1868. 193 ou.S. 68 1457

دعوى

Leaurques

وقررت المحكمة أنه لايكفى أن تكون الادلة الاولى متعارضة مع شهادة الشهود أو الادلة الاخرى التى قدمت اثناء نظر الدعوى الجديدة ، وانظر : محمود مصطفى ، ص ٧٦٠

الجريمة فيه » على الرغم من أن تلك البراءة تكون — من الناحية المنطقية — مع الأدانة الأولى فى حالة تناقض لا يمكن رفعه إذ يكذب كل من الحكمين الاخر ويدينه بالخطأ. ومسلم بهذا التفسير فى الفقه الفرنسى ، كما أن نص القانون لا يسمح بسواه . وهو نفسبه التفسير الصحيح فى القانون المصرى حيث يقرر المشرع « ... وكان بين الحكمين تناقض بحيث يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهما .... » وفى هذا ما يقطع بأن المشرع يفترض أن الحكمين قد صدرا بالإدانة حتى يمكن أن يكون فى تناقضهما ما يسمح ببراءة أحد المحكوم عليهما . ولذلك رفضت محكمة النقض المصرية الطعن الذى تقدمت به النيابة العامة فى دعوى كانت فيها محكمة الجنايات قد قضت بإدانة المتهمين فيها . وكان الحكم غيابيا بالنسبة لبعضهم . وباعادة محاكمتهم صدر الحكم لصالحهم بالبراءة . للشك فى وقوع الجريمة . وقررت : « أن هذه المادة لا تنطبق لأن الحكمين موضوع الطعن لم يقضيا معا بالعقاب على شخص أو أكثر عن عمل واحد بحيث ينتج من أحدهما دليل على براءة الاخر »[1]

ويرى البعض أنه مع التسليم بهذا التفسير ، فإنه يمكن مد حكم تضارب الادانات الى التضارب بين الادانة والبراءة والسماح بالتالى بامكانية اعادة النظر بطريق القياس وهو جائز فى المواد الاجرائية فيما ورد لمصلحة الخصوم ، طالما كانت البراءة مبنية على الجزم بعدم وقوع الجريمة أو عدم الجريمة فى الفعل ، مع امتناعها فى حالة ابتناء البراءة على مجرد الشك فى وقوع الجريمة[2] . ولسنا من

---

(١) نقض ١٩٢٤/١١/٦ مشار اليه
قارن محمود مصطفى ، س ٦٧١

(٢) فتحى سرور ، ص ٩٧٤ ، هـ ٢ س ٩٧٥ ، كما يستند على حكم النقض السابق .
وانظر :

Garraud, op. cit. T.V.p. 580

وقد شابهت محكمة النقض الفرنسية على تعارض الادانات ، تعارض الادانة ، مع حكم أكد مسئولية المتهم وإن لم يؤد الى الادانة .

Cass. 23 Nov. 1876 S. 77 1144

Cass, 7 févr, 1919 . D. 1922 . 1.105 note Degois.

هذا التفسير فالحالات الاستثنائية التى قدرها المشرع للخطأ الحسابى لا يجوز القياس عليها لأن فى اجرائه اضفاء حكم على الحالة المقيسة غير الحكم الذى قرره المشرع ، وانتفاء الحكم شرط لصحة القياس وسبق وقلنا أن المشرع قد اختص من صور تعارض الأحكام حالة تعارض الادانات وأعطاها حكما خاصاً ، أما تعارض الأحكام فإنه يدخل بلا شك فى الحالة التشريعية العامة للواقعة الجديدة .

يلزم اذن أن نكون بصدد ادانتين محمولتين على حكمين قضائيين متميزين . ويكون الحكم صادرا بالادانة إذا قرر جزاء جنائياً ولو كان هذا الجزاء محض تدبير وقائى كالذى يتخذ ضد الصغير ، فالعبرة — فيما يبدو — بتقرير الجزاء لا بنوعه . لكن هذه الادانة قد لا يمكن صدورها لاستحالة متابعة المتهم جنائيا أو لاستحالة صدور الادانة ضده لأسباب قانونية أو طبيعية كالوفاة أو التقادم أو العفو . وموانع المسئولية والعقاب . وبالتالى فإن ادانة ما لاتصدر ، وتعارضاً فى مفهوم هذا الشرط لا يقع .

وقد دار النقاش فى فرنسا حول هذه المشكلة ، واقترح مجلس النواب علاجا لها ، مد تلك الصورة إلى الحالات التى لا يعد فيها من الممكن متابعة المتهم أو صدور الادانة ضده والسماح باعادة النظر ، لكن مندوب الحكومة ومجلس الشيوخ أصرا على حصر هذه الصورة فى الحالة التى تتكذب فيها الادانة بادانة أخرى ، لأن الواقعة الجديدة كفيلة بعلاج كل هذه المشكلة[1] .

---

(١) انظر :

SADOUL, op. cit. p. 79
DESJARDIN, op. cit. p. 761
SEVESTRR, op. cit. p. 170
MONGIBEAUX, op. cit. p. 141 et 142

وكان من بين الاسباب التى دفعت الى رفض اقتراح مجلس النواب كذلك ، استحالة المرافعة الحضورية واستحالة احترام حقوق الدفاع بالنسبة لمن تقادمت الدعوى ضده أو انقضت وكذلك الخشية من استخدامها لجرح ذكرى الاموات .

LEMONE, op. cit. p. 181 et 182

الشرط الثانى : تعارض الادانتين تعارضا يستنتج منه براءة أحد المحكوم عليهم :

ينبغى إذن أن تكون الادانتان متعارضتين ، أى لا يمكن التوفيق بينهما . ويرتد التعارض هنا إلى فكرة تكذيب الأحكام بعضها للبعض — فالحقيقة القضائية لا تحتمل تعددا ، وبالتالى فان الأحكام القضائية المعبرة عن الحقيقة القضائية فى إدعاء ما ينبغى أن تكون واحدة فان تعددت فذلك معناه أن أحد الحكمين — أو كليهما معا — قد تكاذب مع الحقيقة الواقعية وأن خطأ قضائيا قد وقع .

هذا التعارض ينبغى أن يجد ذاته فى الأحكام ذاتها بحيث ينبثق منها مباشرة ، دون حاجة الى بحث خاص[1] أى أن يكون كل حكم فى ذاته دليلا على كذب الحكم الأخر وقصوره عن بلوغ الحقيقة الواقعية ، بحيث يستحيل فى المنطق رفع هذا التعارض الا بالتسليم بكذب أحد الادانات ، أى التسليم ببراءة أحد المحكوم عليهم .

ولا يتحقق هذا التعارض من البدء إلا إذا كانت الادانتان — أو الادانات — صادرتين أو صادرة فى نفس الواقعة الاجرامية دون أهمية للوصف القانونى الذى خلعته الأحكام على تلك الواقعة[2] ، كما لو كان الحكم الأول قد أعطاها وصف

(١) أنظر :

BERTRE, op. cit. p. 72

(٢) انظر :

SADOUL, op. cit. p 80
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 95
BERTRE , op. cit. p. 71
SEVESTRE, op. cit. p. 187
LEMOINE, op. cit. p. 178
MONGIBEAUX, op cit. p. 140

القتل الخطأ بينما اعتبرها الثانى قتلا عمديا . وبالمقابل فان هذا التعارض لا يتحقق إذا لم تكن الادانات قد صدرتا عن نفس الواقعة ولو اتحد الوصف القانونى لأن الادانات المختلفة هنا تجد تبريرها فى الوقائع المختلفة التى كانت أساسا لكل منها .

ثم يشترط من بعد أن تكون الواقعة الاجرامية غير قابلة للانقسام أما بطبيعتها أو بمقتضى الأحكام[1] بمعنى اخر أنه فيما عدا حالات الاشتراك المعروفة فى القانون تكون الواقعة الاجرامية يستحيل أن ينقسم حدوثها على جماعة المحكوم عليهم والتى أدانتها الاحكام . وتكون هذه الاستحالة طبيعية ، اذا كانت الواقعة ذاتها يستحيل حدوثها الا من فرد واحد بينما أن جماع المحكوم عليهم بمقتضى الأحكام اثنين أو أكثر . وهو أمر متصور فى واقعة اغتصاب أو — بشىء من التجوز — فى واقعة قتل حدثت من ضربة نارية واحدة[2] . ولكن هذه الاستحالة قد تكون من مقتضى الأحكام ، كما لو كان الحكم — أو الأحكام — قد أثبت وقوع الواقعة من أربعة فاعلين فقط وكان جماع المحكوم عليهم خمسة أو أكثر[3]

(١) انظر المراجع المشار اليها فى الهامش السابق

(٢) انظر :

Cass. Crim 23 Janv. 1835 D.p. 370

(٣) لكن هذه الاستحالة لا تقوم اذا كان أيا من الحكمين المتعاقبين — فى واقعة سرقة — لم يثبت فى مرافعاته أن فاعلى السرقة — وكان عددهم أربعة — كانو أقل من أربعة

Arrét du 9 vendemiare an v.

مشار اليه فى :

Sadoul, op cit. p. 81

لكن هذه الصورة لقت فى القضاء الفرنسى تطبيقا متعددا . انظر :

Cass. Crim 24 Juin , 1880 D. 1830 1. 309

Cass. Crim. 20 Janv . 1831 D 1831 1187

Cass. 21 avril 1836 D. 1836 1. 247

Cass. Crim 2 Juin 1855 D. 1855 1. 301

Cass. Crim 2 fév. 1868 D. 1868 1173

Cass. Crim 21 Aout 1874 D. 1. 875

Cass. Crim. 22 Déc. 1878 D. 1879 1. 284

=

وعلى هذا الأساس يخرج من هذه الصورة التعدد الذى يجد مصدره فى قواعد الاشتراك الجنائى ، لأن الاشتراك بطبيعته يقبل أن يتعدد بمقتضاه المحكوم عليهم — سواء بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة — إلى ما لا حد ، بحيث يجد التعارض دائما فى تلك القواعد أساسا لرفعه . وكذلك الحالات التى يكون فيها فعلة الجريمة ، بسبب طبيعة الجريمة نفسها ، قابلا للتعدد ولم يكن من مقتضى الأحكام حصر المحكوم عليهم فى عدد معين .

(١٠٩) الصورة الثالثة — ادانة احد الادلة

عبرت المادة ٤٤١ من ق.أ.ج المصرى عن هذه الصورة بأنه « ٣ – إذا حكم على أحد الشهود أو الخبراء بالعقوبة لشهادة الزور وفقا لأحكام الباب السادس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات . أو إذا حكم بتزوير ورقة قدمت أثناء نظر الدعوى وكان للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير فى الحكم » — ٤ — إذا كان الحكم مبنيا على حكم صادر من محكمة مدنية أو من إحدى محاكم الأحوال الشخصية وألغى هذا الحكم ..» . أما المشرع الفرنسى فلم يذكر فى المادة ٦٢٢ من ق.أ.ج. الا « ٣ – إذا حوكم بعد صدور الادانة ، أحد الشهود الذين سمعوا ضد المتهم وأدين ، للشهادة الزور ، ولا يجوز سماع هذا الشاهد فى المرافعات الجديدة » .

وتنتظم فى هذه الصورة الحالات التى يدان فيها قضائيا أحد الأدلة التى كان القاضى قد اعتمدها فى تكوين عقيدته التى كانت أساسا للحكم الصادر بالإدانة والمطلوب إعادة نظره ، كالحكم على أحد الشهود أو الخبراء الذين سمعوا بالعقوبة المقررة للشهادة الزور ، أو الحكم بتزوير أحد الأوراق التى قدمت أثناء نظر

= Cass. Crim. 7 Juillet 1882 D. 1883 1141
Cass Crim. 23 avr. 1867 . S. 1870 1 139
Cass Crim. 11 juin 1869 S. 1870 1 140

الدعوى ، وكذلك الغاء الحكم الصادر من إحدى المحاكم المدنية أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية والذى تأسست عليه الادانة موضوع إعادة النظر .

وفى توجه هذه الصورة ما يميزها عن سواها من الصور الحسابية للخطأ القضائى ، حيث لا تنصب مباشرة — مثل سواها — على ذات قرار القاضى بثبوت الوقائع ونسبتها الى المتهم فتبطله بدليل حاسم كوجود المدعى قتله حيا أو تناقضه مع قرار قضائى آخر ، وإنما تتوجه مباشرة الى الأدلة التى كانت أساسا لهذا القرار — كلها أو بعضها — فتبطل قوتها الاقناعية ، ومن هنا تلقى بالشك — المتراوح فى درجته — على القرار ذاته . ومن خلال تلك النظرة يصبح منطقيا ما يقرره الفقه من أن هذه الصورة لا تتسم بالبداهة التى تتسم بها الحالات الحسابية الأخرى للخطأ القضائى لأن الحكم بالعقوبة المقررة للشهادة الزور على أحد الشهود الذين سمعوا فى الدعوى أو على أحد الخبراء — أو الحكم بتزوير إحدى الأوراق — لا يعنى بالحتم سقوط قرار القاضى بثبوت الوقائع ونسبتها الى المتهم ، فقد يظل هذا القرار قائما بما يسنده من أدلة لم تتناولها الادانة ، سواء تمثلت فى شهادات صحيحة لشهود اخرين ، أو تقارير الخبراء ، أو الأوراق ، أو المحاضر ، أو الاعتراف . لكن ادانة الدليل على هذا النحو تظل دليلا مؤكدا على أن المتهم كان عرضة لوشاية خطيرة ، من جهة وأن القضاء قد تعرض هو الاخر لتضليل مؤكد ، الأمر الذى يسمح بادانة قرار القاضى بشبهة الكذب ، ويقيم القرينة على خطئه[1]

وإذا كان المشرع الفرنسى قد اختص من بين الأدلة «الشهادة» فقط ، ليجعل من أبطال قوتها الاقناعية دليلا حسابياً على الخطأ القضائى وسببا بالتالى

---

(١) انظر :

LOUIS JARDIN, op. cit. p. 79
DESJARDIN, op. cit. p. 762 et 768
SEVESTRE, op. cit. p. 192
MONGIBEAUX, op. cit. p. 148

لإعادة النظر ، تاركا ما دون الشهادة من أدلة الى حكم الواقعة الجديدة . فان موقفه ذلك يعوزه المنطق[1] . لأنه لا فارق فى القانون الجنائى بين القوة الاقناعية المنبعثة من دليل واخر ، وبالتالى ينبغى أن تكون نتيجة ابطال هذه القوة واحدة بالنسبة لسائر الأدلة هذا ، إذا لم تترجح من الناحية الواقعية القوة الاقناعية لتقارير الخبراء والأوراق ، وعلى نحو مؤكد — الأحكام القضائية — على الشهادة كما يرى بعض الفقه[2] . كما لا يكفى لتبرير هذا الموقف ما قيل من أن المرافعة الشفهية تجعل من سائر الأدلة محلا للنقاش ومن ثم فان تقديم أدلة كاذبة ليس له أهمية الشهادة الزور ، لأن الشهادة — ببساطة — تجرى عليها المرافعة الشفهية كما تجرى على غيرها من الأدلة . وعلى ضوء ذلك يمكن أن نلاحظ تفوق المشرع المصرى حين ضم الى جوار الشهادة الزور ، تقرير الخبير ، والأوراق التى قدمت أثناء الدعوى وجعل لإبطال القوة الاقناعية لأى منها نتيجة واحدة : فإدانة الشاهد كإدانة الخبير أو الورقة ، يعتبر دليلا حسابيا على الخطأ القضائى[3]

وفوق ذلك أضاف المشرع المصرى حالة الغاء الحكم الصادر من محكمة مدنية أو من إحدى المحاكم الأحوال الشخصية ، إذا كان الحكم الجنائى قد اتخذ من أحدهما أساسا له ، لا سيما وإنه إذا كانت القوة الاقناعية لشهادة الشاهد أو تقرير الخبير أو الورقة معلقا على استقبال القاضى لها ، فان القوة الاقناعية المنبعثة

---

(١) فضلا عن أنه يضر بالمتهم ، لأن إشتراط أن تكون الواقعة الجديدة من شأنها براءة المحكوم عليه ، من شأنه أن يمنع استفادة المتهم من اعادة النظر بصدد الشهادة الزور نفسها .

(٢) انظر : المذكرة الايضاحية للقانون المصرى — محمد مصطفى ص ٦٧٣

FAZY op. cit. p. 71

SEVSTRE, op. cit. p. 193

MAYER, op. cit. p. 115

(٣) استخدم المشرع الالمانى بالنسبة للاوراق تعبير titre وهو يشمل كل ما يمكن أن يكون دليلا ولو لم يكن مكتوبا ، كما لا يشترط لدى غالبية الفقه أن يكون titre قد أدين قضائيا بل يكفى أن يكون titre مزورا من الناحية الموضوعية .

FAZY op. cit. p. 56

أما فيما يتعلق بالشهادة الزور فقد اشترط المشرع الالمانى صدور الادانة فعلا على الشاهد أو الخبير
FAZY. op. cit. p. 57

من تلك الاحكام تكون ــ فى بعض صورها ــ ملزمة للمحكمة الجنائية فلا يجوز لها إعادة البحث فيها فالحكم النهائى الصادر من القضاء المدنى فى الفصل فى مسألة الملكية مثلا يحوز حجية الشيء المقضى فيه ويقيد المحكمة الجنائية فى دعوى السرقة التى كان موضوعها هذه الملكية ، ويصبح هذا الحكم هو دليل القضاء الجنائى على مسألة الملكية . كما أن للحكم الصادر من إحدى محاكم الأحوال الشخصية فى حدود إختصاصها ــ وفقا للمادة ٤٥٨ من ق.أ.ج. ــ حجية الشيء المقضى فيه أمام المحاكم الجنائية فى المسائل التى يتوقف عليها الفصل فى الدعوى الجنائية ، كالفصل فى رابطة الزوجية فى دعوى الزنا ، ويصبح هذا الحكم هو دليل القضاء الجنائى على تلك الرابطة ، وبالتالى فان الغاء هذا الحكم ــ بطريق إعادة النظر ــ ينبغى أن يؤدى إلى إعادة نظر الحكم الجنائى الذى صدر بناء عليه[1]

ومن ذلك كله يتضح كيف أن هذه الصورة تسقط مباشرة على الأدلة التى طرحت بالدعوى التى صدرت فيها الادانة محل إعادة النظر . لكن هل يشترط أن تكون هذه الأدلة قد مارست بالفعل تأثيرا على تلك الادانة التى صدرت ؟ ثم هل يشترط أن يكون هذا التأثير من حجم خاص ؟ الواقع أن النص الفرنسى جاء ــ فى هذا الصدد ــ مطلقا من القيود ، فلم يشترط أن يكون للدليل الذى أدين ــ الشهادة الزور ــ تأثير من نوع ما . ومع ذلك اشترط البعض هذا التأثير ، أما بأن تكون الادانة قد صدرت بناء عليه ، ومن ثم لا تدخل لديهم سائر الحالات الاخرى التى يتوافر فيها إلى جانب الدليل الذى أدين ، أدلة إثبات أخرى تستقيم عليها الادانة ، وأما أن يكون فى إدانة الدليل ــ الشهادة الزور ــ دليل على براءة المحكوم عليه ، دون أن يشترط أن يكون محمول الدليل وحده وفى

---

(١) فى المعنى : محمود مصطفى ، ص ١٩٩ ــ ٩٧٣ ــ المرصفاوى ، ص ١٠١٧ ــ وانظر كذلك ص ٦٢٣ وما بعدها ــ فتحى سرور ، ص ٩٧٦ ، وهذه الحالة تشكل الحالة الرابعة لاعادة النظر فى القانون الالمانى .

حد ذاته دليلا على الأدانه[1] . وعلى هذا الرأى سارت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها القديمة إذا قررت رفض طلب إعادة النظر بحجة « .... أن الادانة بسبب الشهادة الزور لم تتضمن قط براءة ... وأن الأدلة الناتجة من المحاضر والشهادات الأخرى تظل قائمة برغمها ...»[2] .

والواقع أن هذا الرأى قد استلزم ما لم يستلزمه النص من جهة ، وجعل إعادة النظر فى هذه الصورة — بذلك الاشتراط — رخصة لمحكمة النقض لا حقا للمحكـوم[3] . ولذلك انتقده الفقه ورجعت عنه النقض الفرنسية وسارت مع رأى جماعة الفقه والذى يقضى بان إدانة الدليل — الشهادة الزور — يؤدى حتما الى اعادة نظر الدعوى كحق للمحكوم عليه ، لكنه لا يلزم أن يؤدى بذات الحتم الى براءته ، اذ قد تظل الادانة مبررة على الادلة الاخرى ، فحجية الحكم تنهار طالما ثبت ابتناؤه — كليا أو جزئيا — على دليل كاذب دون حاجة إلى اثبات ما تتضمنه الشهادة الزور من ضرر للمحكوم عليه[4]

(١) انظر :

BERTRE, op. cit., p. 82

وانظر :

LOUIS JARDIN op.cit. p. 97

(٢)

Cass. Crim. 28 Aout 1884 . D, 1885 1. 332

والرأى فى المانيا أنه ليس يلازم أن تكون هناك سببية تامة بين الأدانة الخاصة بالدليل — مستند titre أو شهادة أو تقرير خبير — وبين الحكم المطعون فيه . ومع ذلك ولأن اعادة النظر هناك كما تكون بقصد اثبات براءة المحكوم عليه قد تكون بغرض تطبيق نص جنائى أخف فانه يفترض فى الطالب المؤسس على مستند titre كاذب تأثيره على الحكم وعلى الاتهام واجب نفى هذا التأثير . انظر :

FAZY op. cit. p. 55

(٣) هذا المعنى هو مايبدو ايضا فى حكم لمحكمة النقض المصرية قالت فيه : « .... إذا حكم على واحد أو أكثر من شهود الاثبات بسبب تزوير فى شهادته فيشترط أن ترى محكمة النقض ان الشهادة الزور قد أثرت على فكر القضاة » . نقض ١٩٤٤/٥/٢٩ مجموعة عمر جـ ٦ ق ٣٦٠ ص ٤٩٧

(٤) انظر حكمى :

S. 1900 1. 60 et 62 et note ROUX

وانظر :

FAZY, op. cit., p. 70 et 71

ولا شك أنه من العسير تقدير الكثافة الاقناعية لدليل ما على عقيدة القاضى ، وهو بطبيعة الأمور مستحيل بالنسبة للمحلفين . لأن الدليل كواحد من المعطيات يؤدى الى نتائج تزيد أو تقل بحسب استقبالها الشخصى من كل قاض أو محلف . وهو أن لعب لدى البعض العصب الاساسى للاقناع ، فقد يلعب لدى البعض الاخر دور الانحياز أو الترجيح ، ثم قد لا يلعب دورا على الاطلاق لدى اخرين ولئن كان سهلا حساب هذه القوة فى حالة انفراده ، فان قياسها لدى اشتراكه لا تخلو من خطر التنجيم ، وهو فى جميع الأحوال ليس من مهمة محكمة النقض ، كما أنه لا ينضبط الا بالمرافعات الجديدة التى تجريها محكمة الاحالة لتحديد مدى تأثير سقوط هذا الدليل على الادانة ذاتها[1] .

ولعلنا نستطيع من خلال تلك النظرة أن نحدد مقصود المشرع المصرى فى اشتراطه أن يكون للشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة تأثير فى الحكم ، بأن يعنى استبعاد الحالة التى يكون فيها هذا التأثير منعدما . أى إذا كان الحكم ابتداء لم يستند على الدليل قط ، لأنه لا يعنى وقد طرح القاضى ابتداء الدليل الذى تكذب ، اعادة نظر الادانة التى استقامت على أدلة ليس من بينها ما تكذب[2] . أما إذا كان القاضى قد استند على هذا الدليل ــ أيا كان مبلغ الأثر الذى كان له ، سواء أكان وحده أو مع غيره ــ وجبت اعادة نظر الدعوى ولو كان الدليل فى ذاته لا يقوى دليلا على براءة المحكوم عليه ، فذلك ما لا يمكن الجزم به الا بالمرافعات الجديدة . ولا تتحقق هذه الصورة الا بتوافر شرطين :

= YVES, op. cit., p. 44.
SEVESTRE, op. cit., p. 191
HELIE, op. cit, op. 532
GARRAUD, op. cit., p. 586
MONGIBEAUX, op. cit, p. 146 et 148

(١) انظر :

Cass. Crim. 13 Nov. 1968. D. 1969, 219

وقررت « أن للقاضى الذى يفصل فى الشهادة الزور أو لقاضى الاحالة أن يحدد ما اذا كانت الشهادة الزور قد مارست تأثيرا محددا على الادانة ... »

(٢) قارب : فتحى سرور ص ٩٧٥ - ٩٧٦

أولهما : صدور ادانة قضائية نهائية للدليل : فبطلان القوة الاقناعية لدليل ما ، لا يعتد به — فى صدد الصور الحسابية للخطأ القضائى — الا إذا تقرر بحكم قضائى . وبالتالى فان اعتراف الشاهد بالكذب فى شهادته فى خارج مجلس القضاء أو فى مجلس القضاء بصدد دعوى أخرى لا قيمة له ما دام لم ينته بادانته بالعقوبة أو كان هذا التحقيق قد انتهى دون ادانته ، ثم يشترط أن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشىء المقضى فيه ، لأن هذه الحجية هى وحدها التى تسمح باستقامة القرينة القانونية على خطأ الادانة ، ودونها يظل الحكم الصادر بادانة الدليل عرضة للالغاء بطرق الطعن المتاحة ، فالحكم الحائز لحجية الشىء هو وحده دليل الخطأ القضائى فى هذه الصورة[1]

وجدير بالذكر أن هذا الحكم يعتبر دليلا على الخطأ القضائى للادانة برمتها الا اذا كان الدليل لا يتعلق الا باحدى نقط الاتهام المتعددة ، ففى هذه الحالة لا يتعلق الخطأ الا بوجه الاتهام الذى يتعلق به الدليل وعليه وحده تجرى اعادة النظر[2] . لكن هذه الادانة قد يستحيل صدورها فى حكم قضائى، ودون نظر للصعوبات العملية لمثل هذه الادانات، فان الاستحالات القانونية **متعددة** :

---

(١) انظر :

DE VABRE, Traité , op. cit. p. 874
MARTIN, op. cit., p. 50
SADOUL, op. cit., p. 85
GARRAUD, op. cit. p. 585
LOUIS JARDIN, op. cit., p. 89
SEVESTRE, op. cit., p. 198
MONGIBEAUX, op. cit., p. 143

فتحى سرور ص ٩٧٥ — وانظر فى القضاء المصرى : نقض ١٩٤٤/٥/٢٩ مجموعة عمر ج ٦ ق ٣٦٠ ص ٤٩٧ — نقض ١٩٦٢/١/١٦ مجموعة الاحكام س ١٣ ق ١٦ ص ٦٣ — نقض ١٩٦٢/٢/٢٠ مجموعة الاحكام ص ١٣ ق ٤٨ ص ١٧٤

(٢) انظر :

BERTRE, op. cit, p. 80

كالشهادة الكاذبة التى ينتفى لدى صاحبها القصد الجنائى أى تعمد تغيير الحقيقة وكذلك الشهادة الكاذبة التى تسمع على سبيل الاستدلال دون يمين ، يستحيل معها صدور العقوبة بالشهادة الزور لتخلف أحد اركانها[٢] ، وكذلك الحالات التى يستحيل فيها متابعة الشاهد أو الخبير جنائيا أو استحالة صدور الادانة ضده لأسباب طبيعية أو قانونية ، كالوفاة — ولو بعد صدور الحكم النهائى ضده بالادانة — أو التقادم ، أو العفو ، أو موانع المسئولية والعقاب ، ففى سائر هذه الأحوال إدانة قضائية للدليل لا تصدر وبالتالى لا يجوز اعادة النظر وفقا لهذه الصورة[٣] ، وفى ذلك ظلم فادح للمحكوم عليه . وقد اقترح مجلس النواب علاجا لهذا الموقف ، مد تلك الصورة إلى الحالات التى لا يعد فيها من الممكن متابعة المتهم أو صدور الادانة ضده والسماح بالتالى باعادة النظر ، لكن هذا الاقتراح رفض لذات الاسباب التى سبقت بالنسبة للحالة السابقة ، اكتفاء بتصور استيعاب الواقعة الجديدة لها[٤]

---

(١) نقض ١٩٥٩/٦/٣ مجموعة أحكام النقض س١٠ ق ١٣٥ ص ٦١٢ — « يشترط القانون لمسئولية الشاهد زوراً جنائياً قصده الى الكذب وتعمده قلب الحقيقة بحيث يكون مايقوله محض إفتراء وبسوء نية »

(٢) نقض ١٩٤٠/١٢/٩ مجموعة عمر ج ٥ ق ١٦٣ ص ٢٩٧

(٣) حكم الدوائر مجتمعة

15mars 1900. S. 1902 1. 470

(٤) انظر :

BOUZAT, op. cit. p. 1462
BERTRE, op. cit. p. 81
SADOUL, op. cit., p. 85
YVES, op. cit. p. 45
GARRAUD, op. cit. p. 580
SEVESTRE, op. cit., p. 173 ' 585
MONGIBEAUX, op. cit. p. 143

وفى نقد هذا الحل على وجه الخصوص

LEMOINE, op. cit. 181 et s.
FAZY, op. cit. , p. 70
DE VABRE, op. cit. p. 874

ثانيهما : أن تكون تلك الادانة قد صدرت بعد الادانة موضوع اعادة النظر : وهذ الشرط فى مضمونه مفهوم ، لأن تلك الادانة ـــ بكذب الدليل ـــ إذا كانت قد صدرت أثناء المرافعات ، فذلك معناه « أن المحكمة قد أحيطت بها علما وتجنبت بالتالى كل انزلاق فى اخطارها ، فإذا ما صدرت الادانة برغم ذلك ، فلأن القضاة قد قدروا أن بقية الادلة تظل لها جسامتها الكافية بصرف النظر عن شهادة الشاهد أو تقرير الخبير أو محمول الورقة المزورة وخارج كل تأثير لها .

ونفس الأمر إذا كانت المحكمة قد وجهت للشاهد تهمة الشهادة الزور بالجلسة[1] لأن ذلك معناه أن المحكمة من تلقاء نفسها قد قدرت كذب الدليل وتحررت من كل تأثير له ، أما إذا كانت إدانة الدليل لم تصدر إلا بعد الادانة موضوع إعادة النظر ، فيظل مؤكدا ان تلك الادانة الاخيرة قد صدرت فى ضوء معرفة مغلوطة للأدلة ، ويزيد الأمر خطرا أن الادانة الجنائية قد تصدر بناء على الشهادة وحدها أو تقرير الخبير أو الورقة[2]

هذا ولا يهم أن تكون الشهادة أو تقرير الخبير أو الورقة ،كان بناء على طلب

---

(١) فى القانون الفرنسى وفقا للمادة ٤٣٢ ق.أ.ج = ٣٣٠ ق.ت.ج. وانظر نقض ١٩٥٩/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ق ١٣٠ ص ٥٨٣ « إذا رأت المحكمة محاكمة الشاهد على شهادة الزور حال انعقاد الجلسة ، وجب عليها أن توجه اليه تهمة شهادة الزور أثناء المحاكمة ... »

(٢) انظر :

BERTRE, op. cit., p. 80 et 82
SADOUL, op. cit. p. 84
LOUIS JARDIN, op. cit, p. 97
SEVESTRE, op. cit. p. 190
MONGIBEAUX, op. cit. p. 146
LEMOINE, op. cit. p. 180

فتحى سرور ، ص ٩٧٦

النيابة العامة أو المتهم ، لأن العدالة فى فى الحالين ضللت[1] ، غاية الأمر أن نلاحظ أن المشرع الفرنسى قد أوجب عدم سماع هذا الشاهد مطلقا ولو على سبيل الاستدلال فى المرافعات الجديدة[2]، [3]

(١١٠) الصورة العامة :

عبرت المادة ٥/٤٤١ من ق.أ.ج. المصرى عن هذه الحالة بقولها : « إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع ، أو إذا قدمت أوراق لم تكن معلومة وقت المحاكمة ، وكان من شأن هذه الوقائع أو الاوراق ثبوت براءة المحكوم عليه » أما المادة ٤/٦٢٢ من ق.أ.ج. الفرنسى فقد عبرت عن هذه الحالة بقولها . « إذا حدثت أو ظهرت بعد الادانة واقعة ، أو قدمت أوراق لم تكن معلومة لدى المرافعات وكان من طبيعة الواقعة أو الورقة اثبات براءة المحكوم عليه ... » . أما القانون الالمانى فقد اختار الصياغة الآتية : إذا حدثت وقائع جديدة ، أو أدلة اثبات جديدة يمكن لها وحدها أو فى علاقتها بالادلة السابق تقديمها تحديد براءة المتهم أو تطبيق عقوبة جنائية أخف بناء على تطبيق نص جنائى أقل قسوة ...»

والواقع أن الصياغة التشريعية لهذه الصورة تستدعى فى ذاتها خطة بحثها ، حيث ينبغى ابتداء اجلاء المقصود « بالواقعة » و « الورقة » ، ثم نعالج — بالتالى — شرطى الجدة والجسامة ، وبهذا نتلافى ما ينعى على الفقه من اغفال فى

---

(١) انظر :

MONGIBEAUX, op. cit., p. 144
LOUIS JARDIN, op. cit., p. 98
SEVESTRE, op. cit. p. 192

(٢) وفقا لنص الحالة الثالثة من المادة ٦٢٢ ق.أ.ح الفرنسى

(٣) من تطبيقات هذه الصورة فى القضاء الفرنسى :

Cass. Crim. 23 avril 1866. S. 1900 1. 60, note Roux.
Cass. Crim. 11 Déc. 1897
Cass. Crim. 27 janv. 1928 B. No. 39

بيان المقصود « بالواقعة »[1] ، اكتفاء بشرطى الجدة والجسامة ، وهو مسلك وأن طوعة أصحابه ليستبعدون به ليس فقط كل ماليس جديدا أو جسيما وانما أيضا كل ما ليس واقعة ، فإنه يتسم بالخلط المتنافر مع الاسلوب العلمى فى البحث .

(١١١) ومهما كان الأمر . فان المقصود « بالورقة » لم يثر لبسا فى ذهن أحد فهى ببساطة « كل مستند مكتوب »[2] ، وان اثار محض النص عليها بعض اللبس لدينا ، لما قد يوحى به هذا النص من تمايز بين « الورقة » و « الواقعة » وعدم استيعاب الثانية للاولى ، وهو ما يبدو لنا غير صحيح .

أما فى طبيعة الواقعة ، فقد ذهب رأى إلى أن الصورة العامة لاعادة النظر لا تهدف إلى اصلاح الحكم الذى كان تحقيق القاضى فيه خاطئا ، لكنها تهدف فقط إلى اصلاح الحكم الذى كان فيه هذا التحيق ناقصا أو قاصرا . وعلى هذا الاساس فان الواقعة هى « ظرف فى الدعوى كان مجهولا من القضاء لدى الادانة » . ونقطة البدء عند هذا الرأى هى أن الصورة العامة تتمايز عن الصور الحسابية لها ولا تستوعبها ، والا ما كان ثمة داع للنص على تلك الصور . هذا التمايز يجد مصدره فى أن تلك الصور انما تتجه لاثبات خطأ تحقيق القاضى ، بينما تتجه الصورة العامة لاثبات قصوره .

وقد سبق وقلنا أن الصورة العامة تستوعب فى صياغتها وفى قصد واضعيها سائر الصور الحسابية وتتجاوزها ، مما لا يمكن معه التسليم بالفارق فى الطبيعة الذى يقدمه الرأى السابق . كما سبق كذلك وأثبتنا أن النص على الصور الحسابية

---

(١) PINATEL, op. cit. p. 43
(٢) MAYER op. cit, p. 117
MONGIBEAUX, op. cit. p. 150
فتحى سرور : « الواقعة الجديدة فى التماس اعادة النظر » مستخرج من مجلة القانون والاقتصاد س ٣٨ ، ١٩٦٨

يظل له ، برغم الصورة العامة ، دواعية مما قدمناه من صفة الشكلية والالزام[1] . الأمر الذى يهدم أساس الرأى السابق ويدعو إلى رفضه .

لكن البعض الاخر ، رأى بحق ، أن الصورة العامة انما تهدف الى اصلاح الحكم الذى كان تحقيق القاضى فيه خاطئا أو قاصرا أو سيئا فى فهمه للواقعة نظرا لغياب الدليل سواء . لأن هذه الصورة انما جاءت لتسد الثغرات التى يمكن أن تتخلف عن التعداد الحسابى لصور خطأ . ومن ثم فإنها تضم هذه الحالات وتتجاوزها ، ولأن المشرع أراد لهذه الصورة أن تكون سبيلا لاصلاح سائر الأخطاء القضائية لا وقوفا فى منتصف الطريق فتصلح البعض وترفض الاخر . بعبارة أخرى جاءت هذه الصورة لتكون سبيلا لاصلاح الاخطاء لا لتشارك حق العفو فيه ، وعلى هذا الاساس فإن الواقعة يجب أن تؤخذ بأوسع معانيها لتضم كل حدث خارجى[2] وعلى هذا التفسير يسير الفقه الالمانى فيرى « واقعة » فى كل إدعاء يحدث أيا كان[3] وهو ما لا يشاركه فيه الفقه الفرنسى ،حيث لا يرى واقعة فى كل حدث أيا كان ، وانما فى كل حدث خارجى له طبيعة موضوعية ، وهو ما اصطلح على تسميته بالواقعة المادية fait materiel . فطبيعة الواقعة فى الصورة العامة ينبغى أن تتحدد على ضوء من الخصائص المنبعثة من الحالات الحسابية التى ساقها المشرع والتى تعتبر كلها « وقائع مادية » تميزها « بالطابع الموضوعى » : فمادية الواقعة أو خصيصتها الموضوعية بارزة فى حالة « وجود المدعى قتله حيا » ، وواضحة فى «تعارض الادانات » و « إدانة الدليل » ومن

---

(١) ما سبق ، وفى المعنى :

YVES, op. cit., p. 131

(٢) انظر :

YVES, op. cit. pp. 127 à 133

وقارن :

MAYER op. cit. p. 117
ROUX, note S. 1901 1. 297

(٣) انظر :

YVES, op. cit. p. 57

ثم فمنطقى أن تكون الواقعة مادية أو ذات طابع موضوعى هى الأخرى[1]

مادية الادانة الصادرة اذن لا يمكن معارضتها إلا « بوقائع مادية » . والواقعة هى كل حدث خارجى يمكن إثباته والتسليم به ، فلا تستوعب سائر مسائل التقدير ولا علاقة لها بسائر مسائل القانون . بعبارة أخرى « الواقعة » فى الصورة العامة لاعادة النظر ، هى كل حدث خارجى يمكن اثباته والتسليم به يكذب قرار القاضى بثبوت الواقع — أو عدم ثبوتها ونسبتها — أو عدم نسبتها — الى المتهم ، ولعلنا من خلال هذا الفهم ، لم نفهم العلة التى دفعت بالمشرع المصرى والفرنسى الى الحرص على ذكر « الورقة » إلى جانب « الواقعة » ، ألا يعتبر تقديم ورقة واقعة فى هذا المعنى ؟

فالواقعة المادية وفقا للصورة العامة لاعادة النظر لا علاقة لها قط بسائر المسائل المتعلقة بالقانون ، لأن مسائل القانون لا علاقة لها بقرار القاضى بثبوت الوقائع ونسبتها الى المتهم ، بل أنها تشكل منطقة متمايزة تماما ولاحقة على هذا القرار[2] . وعلى هذا الاساس فكل تقدير أو تفسير جديد يعطيه القضاء لمسألة قانونية لا يشكل « واقعة » ولو تناقض تماما مع التفسير أو التقدير الذى أعطاه القضاء لمسألة تتشابه تماما ، ولو كان هذا التفسير تشريعيا . ولذلك فإن الواقعة المادية وفقا للصورة العامة لا تستوعب على الاطلاق سائر مسائل « التقدير » . لأن مسائل التقدير بسبب طبيعتها الشخصية — لا الموضوعية — قابلة للمناقشة من الجميع وليست بالتالى قابلة للاثبات والتسليم ، من جهة ، ولأن إعادة النظر —

---

(١) انظر :

BERTRE, op. cit. d. 156
MONGIBEAUX, op. cit. p. 149
PINATEL, op. cit. p. 43
ROUX note, S. 1899. 1. 425

(٢) انظر :

YVES, cit. p. op. 133

من أخرى ــ ليست استئنافا ولا ينبغى أن تختلط به لأن اسبابها تكمن خارج محتويات ملف الدعوى فى حدث خارجى يأتى ليهدم التفسير المفترض صحته والذى تضمنه الحكم[1] . وعلى ذلك فان الحدث الذى لا ينتج سوى تقدير جديد لذات الوقائع التى كانت ــ أو حتى لم تكن ــ محل تقدير فى الادانة محل اعادة النظر لا يعتبر « **واقعة** » فى المعنى القانونى لاعادة النظر، لأن الأمر لا يزيد عن كونه خلافا فى التقدير لا ينازع « مادية » قرار القاضى بثبوت الواقعة ، ونسبتها الى المتهم أما الواقعة « المادية » فإن الطابع الموضوعى لها يكسبها نوعا من البداهة يدركه الكل ويمكن اثباته والتسليم به ، كما أنه يعدل بالزيادة أو النقص المعطيات التى استقام عليها قرار القاضى ، وهذا هو جوهر إعادة النظر[2] .

وعلى هذا الأساس ، فان سائر أخطاء القاضى المتعلقة « بتقدير الأدلة » أو « تفسير عناصر الواقعة الاجرامية » التى صدرت على أساسها الادانة لا تدخل فى مفهوم « الواقعة » ، لأن الأمر لا يعدو أن يكون « تقديرا جديدا » أو هو اما تشكيك فى تقدير القاضى أو استخراج لسواه من ذات المعطيات لا واقعة فى المعنى الدقيق لها ولا يدخل فى جوهر إعادة النظر .

ومن خلال هذا الفهم ، ننحاز تماما إلى الرأى الذى يرفض اعتبار تقارير الخبراء « واقعة » فى المعنى القانونى لاعادة النظر سواء أكان هذا التقرير ــ المقدم بعد صدور الادانة النهائية ــ قد جاء بنتائج وتقديرات تتناقض مع تلك التى استخلصها التقرير الذى كان قد قدم قبل صدور الادانة ، أم مع تلك التى كان القاضى قد استخلصها من معطيات الدعوى من غير ما تقرير .

فتقارير الخبراء ليست أدلة . وإنما هى محض اراء فنية لا جلاء واقعة معينة ومن

(١) انظر فى الفارق بين اعادة النظر والاستئناف :

note Roux,S 1901 .297

وانظر :

YVES op. cit. p. 133

(٢) فى المعنى :

PINATEL, op. cit. p. 45

خلال هذا الاجلاء قد تصبح الواقعة ذاتها ــ لا التقرير ــ دليل القاضى[1] .
ومن ثم فإن تقديم تقرير جديد ليس واقعة مادية . لأن هذا التقرير لا يعدل بالزيادة أو بالنقص المعطيات التى استقامت عليها الادانة ، غاية ما يقدمه « تقدير » جديد لذات الواقعة ــ أو الدليل ــ أى مجرد تحديد جديد لقيمة دليل معين وبيان جديد لدرجة قوته . ويظل هذا صحيحا ولو كان الجديد هو عدول ذات الخبير عن تقريره فإدخال تقرير الخبير فى مفهوم الواقعة يتناقض مع جوهر اعادة النظر لأن الأمر لا يعدو أن يكون تقديرا جديداً . كما أنه يخلطها بالاستئناف لأنه لا يتنازع الا فى التسبيب الذى استقامت عليه الادانة مع ثبات المعطيات[2]

ولم تسنح الفرصة لمحكمة النقض المصرية لتعلن رأيها فى هذا الموضوع . لكن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على مشابهة الخبير بالشاهد أو المجنى عليه المبلغ ، ومن ثم اعتبرت عدول الخبير أو تقديم تقرير جديد « واقعة » فى معنى الصورة العامة[3] ، وهو قياس مع الفارق فرجوع الشاهد ، أو المجنى عليه

(١) انظر : رسالة امال عثمان ، الخبرة فى المسائل الجنائية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٧ وما بعدها

(٢) انظر :

note Roux, 1961 op. cit.
GARRAUD, Traite , T.V. op. cit. p. 591

(٣) انظر :

Cass. 16 Déc 1897 et 7 avril 1898 . S. 1899 1. 425
Dans Cass 29 oct. 1898 . S. 1900. 1. 297

وفيه تناقضت تقارير منفصلة فى حكمين

دعوى

26 Juin 1896 S. 99. 1. 425 Draux .
18 juin 1898 . S. 1898, 1 . 476
5 mai 1899 . S. 1900 1. 297
26 avril 1902 B. 162

دعوى

Ch. Rénn 3 juin 1899 S. 1909 1. 297. Dreyfus No 1

دعوى

12 juillet 1906 S. 1907 1. 49 Dreyfus No 2

المبلغ ، هذا الرجوع فى ذاته يعتبر رجوعا عن الأدلة التى استقام عليها قرار القاضى بثبوت الواقعة ونسبتها وبالتالى فإنه يتناول بالنقص المعطيات التى استقامت عليها الادانة . أما عدول الخبير أو تقديم تقرير جديد مناقض فى نتائجه ، فلا يتناول بالتعديل معطيات الادانة ، وأن عدل عن تقدير لدليل كان قد اقترحه على القاضى أو يقترح تقديرا جديدا لدليل ثابت فى الحالين[1] والخطأ فى تقدير الدليل ليس من جوهر إعادة النظر .

وقد ذهب البعض الى السماح بإعتبار تقرير الخبير — المتناقض فى نتائجه — واقعة إذا كان هذا التقرير قد تسجل فى حكم قضائى[2] ويسلم هذا البعض نفسه بأن الواقعة تصبح فى هذه الحالة فى الحكم ذاته لا فى التقرير[3] ، غاية الأمر أنها تتشكل من الحقيقة التى تغطت بحجية الشيء المقضى فيه بالحكم الثانى الذى يعتبر دليلا على براءة المحكوم عليه ، ومجهولا من قضاة الدرجة الأولى .

هذا ويلاحظ ، أن انحيازنا الى الرأى الذى يرى فى التقرير الجديد للخبراء أو عدولهم عنه محض تقدير لا يستجمع صفة الواقعة المادية لا يتناقض مع ما سلمنا به من قبل — فى صدد الصور الحسابية — بالنسبة لحالة إدانة الخبير بالشهادة الزور ذلك أن تلك الادانة تقيم فارقا مؤكدا بين الفرضين حيث تقيم القرينة على تعرض المتهم لوشاية خطيرة من جهة وتعرض القضاء لتضليل مؤكد من جهة أخرى .

---

(١) ، (٢) انظر

Crim. 29 oct, 1898 S. 1901 . 1. 297 et
5 mai 1899 , S. 1901 S. 1901 1. 297
et note Raux. op. cit. p. 1901

ومع ذلك قارن حكم النقض الفرنسية :

Crim 25 mars 1947 S. 1948 . 1. 109

(٣) انظر ايضا :

GARRAUD, Traité . T.V.p. 591 note 42

على أن « مادية الواقعة » تستبعد كذلك ــ لدى البعض ــ أسباب عدم المسئولية الشخصية للمحكوم عليه ، كإثارة ظروف لاحقة على الادانة من شأنها أن تثبت جنون المحكوم عليه لحظة اقترافه للفعل الاجرامى ، لأن خطأ الادانة ــ فى هذه الصورة ــ لم ينجم عن ظرف خارج عن الدعوى ذات طبيعة من شأنها أن تهدم التفسير المفترض صحته والذى أعطته الأدلة التى قدمت أثناء المرافعات وانما نجم من خطأ القضاة فى تقدير الحالة العقلية للمتهم : فمفروض أن عناصر المسئولية الشخصية للمتهم قد قدرها القضاة ــ على الأقل فى حالة الادانة الحضورية ــ نهائياً ، فحضور المتهم بنفسه والسلطات الممنوحة للقضاة فى تقدير هذه الحالة كلما بدا الأمر ضروريا ولو من تلقاء أنفسهم ، يجعل من هذا الأمر مجرد خطأ فى التقدير. وفوق ذلك فإن كل حدث يطرأ بعد الادانة لا يعتبر واقعة فى معنى الصورة العامة إلا إذا أمكن اعتباره دليلا على براءة المحكوم عليه . فحالات إعادة النظر انما تدور حول مادية الواقعة . إذا كانت الجريمة لم تقع أو وقعت من غير المحكوم عليه تلك هى فكرة الأساس فى القانون وعلى أساس منها لا يمكن أن تدخل عدم المسئولية الثابتة بعد الادانة فى مضمون القانون ، فالتوسع فى فكرة « الواقعة » حتى تشمل العناصر الشخصية فى الدعوى والتى سبق وقدرت بصفة نهائية واخيرة من قضاة الدرجة الأولى عن طريق إعادة النظر التى ما كانت إلا لمواجهة العناصر المادية أو الموضوعية ، يبدو متطرفاً[1]

والواقع أن هذا الرأى قد استقام على دعامتين : الأولى أن الخلل العقلى للمتهم ليس من شأنه أن يثبت براءة المحكوم عليه وهو شرط لإعادة النظر ، لأنه يؤدى فقط الى عدم مسئوليته ، وهى دعوى سوف نناقشها من بعد . أما الدعامة الثانية

---

(١) انظر :

LE POITTEVEN, Rapport 1895 p. 976 et s.
GARRAUD, note 1900 . D.P. 137
BERTAE op. cit., p. 156
GARRAUD, T. op. cit. p. 572
MONGIBEAUX, op. cit. p. 149 et 162

حيث وافق على اعتبارها سببا لاعادة النظر مع تسليمه بصعوبة اعتبارها واقعة مادية .

فهى أن ذلك الخلل لا يشكل واقعة مادية ، أى ذا طابع موضوعى،وهو مانؤكد عكسه ، فالخلل العقلى واقعة مادية فى المعنى الدقيق للكلمة ، لأنه حدث يمكن اثباته والتسليم به ، وهو لا ينتج على أية حال من أمور تقديرية وانما هو محصلة مجموعة من القواعد والاختبارات العلمية التى تصل فى عموميتها وموضوعيتها الى حد الأثبات والتسليم . أما القول بأن الخلل العقلى فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون خطأ فى تقدير الحالة العقلية للمتهم على أساس أن المحكمة مفروض عليها أن تقدر هذه الحالة ولو من تلقاء نفسها ، فهو قول فى ذاته بالغ التطرف ومن شأنه لو عمم أن يمنع إعادة النظر على الأطلاق ، لأن رجوع الشاهد مثلا أو حتى ادانته ، والتقدم بشاهد جديد يتحلل وفق هذا المنطق الى مجرد خطأ فى تقدير الشهادة الأولى ، لأن القاضى فى جميع الأحوال ليس « ملزما » بدليل معين وأن « أمكنه » أن يقيم الحكم عليه .

ويسير القضاء الفرنسى على أن الخلل العقلى الثابت لدى الفعل واقعة مادية وسبباً لإعادة النظر[1] كما أن المذكرة الايضاحية للقانون المصرى قد وضعته مثلا للواقعة الجديدة فى تعليقها عليها .

والواقع أن هذه المشكلة تقودنا الى البحث فيما اصطلح على تسميته « بالواقعة العلمية » والتى تبرز فى حالة اكتشاف قاعدة علمية جديدة لها نتائج محددة لا تتفق والنتائج التى كانت سائدة قبل ثبوتها والتى تبنتها المحكمة فى

---

(١) Cass. 19 juillet 1917 B. 165
Cas. 31 mai 1919 B. 213
Cass. 3 Juillet 1919 B. 151
Cass. 24 juillet 1919 B. 187
Cass. 31 janvier 1920 B. 60
Cass. 13 février 1920 B. 83
Cass. 18 juin 1921 N. 262
Cass. 7 février 1924 B. 64
Cass. 26 Octobre 1911 S. 1913 . 231

إصدارها للإدانة . والمثل التقليدى الذى يضربه الفقه فى هذا الصدد ، هو مثل واقعى وشهير كان ضحيته صيدلى اسمه دانفال DANVAL أدين بالأشغال الشاقة المؤبدة بتهمة قتل زوجته سماً ، واعتمدت المحكمة فى إدانته على ما أثبته التشريح من وجود بعض ملليجرامات من الزرنيخ كانت — كما أثبتت تقارير الخبراء — سبباً فى وفاة الزوجة .

كانت الحقيقة العلمية السائدة وقتذاك أن جسم الانسان لايحتوى عادة على أى قدر من الزرنيخ ، ثم ثبت فى العلم إن جسم الانسان يحتوى عادة على قدر معين من الزرنيخ ، رفضت محكمة النقض الفرنسية الطلب الذى كان قد قدم لإعادة النظر فى إدانة الصيدلى « دانفال » بناء على هذه القاعدة العلمية الجديدة ، وأعتمدت المحكمة فى رفضها للطلب على أن الكمية التى كان قد ثبت وجودها فى جسم الزوجة تزيد فى قدرها عما أثبت العلم وجوده عادة من الزرنيخ فى جسم الانسان[١] . وجاء العلم من جديد ليثبت أن مرض القصور الكلوى الحاد — وقد كانت الزوجة مريضة به — تتفق أعراض الوفاة به مع أعراض الموت سما بالزرنيخ ، فقبلت المحكمة الطلب وبرىء الصيدلى « دانفال »[٢]

والواقع من الأمر أن الواقعة العلمية فى هذا المعنى لا تحتاج الى أى بحث خاص ، لأن الواقعة العلمية ما دامت قد تجاوزت نطاق التقدير والمناقشة أى أمكن إثباتها والتسليم بوجودها اكتسبت الخصيصة الموضوعية وأصبحت واقعة مادية وان كانت علمية كذلك[٣] . ولذلك فمن التزيد أن نخصها بشرط لا يشترط فى الواقعة المادية التى هى داخلة فى طبيعتها . كأن تكون من المسلمات التى لا

---

(١) Cass. 8 Mars 1906 B. 118

(٢) Cass. 82 Dec. 1923 D. 1924 . 1. 66

(٣) انظر : PINATEL, op. cit. p. 45 et 50

تحتاج من المحكمة أن تعمل فيها رأيها مستأنسة فى ذلك بآراء الخبراء[1]. فالواقعة العلمية مسلمات لدى العلميين لا لدى المحكمة ، والحاجة الى أهل الخبرة فى صددها لا تنفى عنها صفة الواقعة المادية ، فتوافر الزرنيخ عادة فى جسم الانسان من عدمه ، واتفاق أعراض القتل سماً بالزرنيخ مع أعراض الوفاة طبيعياً بالقصور الكلوى الحاد ، وقائع مادية لأن أهل العلم يسلمون بها ويمكنهم اثباتها ، وعلم المحكمة بهذه القواعد لا يتأتى الا بالاستعانة بأهل الخبرة .

الواقعة العلمية تعتبر إذن واقعة مادية كلما توافرت لها خصائص الواقعة الأخيرة أى كلما أمكن اثباتها والتسليم بها .

ثم يبقى أن نتساءل عما إذا كان من الضرورى أن ترتبط « الواقعة » برباط ملحوظ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بعناصر الدعوى الأخرى التى استقامت عليها الادانة ، الأمر الذى يتحقق مثلا ، فى شهادة المجنى عليه بعثوره على المال المسروق لديه وسبق تعرضه للضياع لا للسرقة ، وكذلك فى حالة رجوع الشاهد ، أو التقدم بشهادة جديدة تؤكد عدم وجود المتهم فى مكان الجريمة وقت ارتكابها ، أو عثور المحكوم عليه على الايصال الخاص برد الأمانة ، أم أنه لا يلزم أن تتوافر تلك الرابطة الأمر الذى يتصور مثلا فى شهادة جديدة لا تمس التصرف

---

(١) فتحى سرور ص ٥ مقالة . وقد ضرب بهذا التشدد مثلين الأول لا يتعلق بالواقعة العلمية وانما بتقارير الخبراء . حكم نقض بلجيكى ١٢ فبراير ١٩١٢ كانت فيه المحكمة قد رفضت الطلب الذى قدم بناء على تقارير جديدة للخبراء ، قدمت بعد الحكم لاثبات جنون المتهم وقت الفعل . على أساس أن هذه الواقعة سبق وأثيرت أمام محكمة لموضوع .

وأن تغير اراء الخبراء « ليس واقعة جديدة لأن معيار التفضيل بين الرأين غير معروف ، وهنا رفضت المحكمة الالتماس أولا لعدم توافر الواقعة فى تغير تقارير الخبراء » وهو ما سبق وناقشناه . ثم لعدم توافر شرط الجدة . وكما ترى ليس فى الامر « واقعة علمية » . ويلاحظ أن صاحب هذا الرأى فى الصفحة السابقة مباشرة (ص ٤) ينعى على الفقه اعتبار جنون المتهم واقعة علمية ويعتبرها واقعة مادية ذات أثر قانونى فى توافر الركن المعنوى .

أما المثل الثانى فهو نقض **25 avril 1916 B. 98** وفيه رفضت المحكمة الطعن على أساس أن واقعة الجنون التى يراد بالشهادة المرضية الجديدة اثباتها سبق وأثيرت أمام المحكمة التى تفتقر الى شرط الجدة .

الاجرامى ذاته ولا علاقة المتهم به ، وأن كان لها مغزى يدور حولها ، وهى ما تسمى un témoine de moralité . أو فى الواقعة العلمية التى تأتى لتضعف أو تهدم تماما قيمة التقارير التى سبق أن قدمت دون أن يكون لها فى ذاتها علاقة بالجريمة .

أجاب كل من تصدى لهذا التساؤل بالبحث ، بالنفى ، فلا يلزم أن تكون الواقعة — التى يتأسس عليها طلب إعادة النظر — مرتبطة بأى رباط قانونى ضيق أو مباشر بعناصر الدعوى الأخرى ، فيمكن أن تكون تلك الواقعة غريبة etranger مطلقا وعلى الأخص من الناحية القانونية عن تلك الادانة[1] ، وهو ما يسير عليه القضاء كما رأينا فى مثل الصيدلى « دانفال » لكنه يبقى أن الواقعة لكى يكون من شأنها أن تثبت خطأ الأدانة الأولى ينبغى أن تكون قريبة من عناصر الدعوى الأخرى ، وهى مشكلة أخرى .

(١١٢) شـرط الجـدة

ولقد حظى شرط الجدة بأهمية دفعت الى خلعه على الواقعة ذاتها واشتهار الصورة العامة بعنوان « الواقعة الجديدة » ، على نحو غير دقيق . فالاشتراط التشريعى الواضح للجدة لم يحدث إلا بالنسبة للأوراق ، فى عبارة « ... أو قدمت أوراق لم تكن معلومة لدى المرافعات » . وقد سبق لنا أن انتقدنا الحرص التشريعى للنص على « الأوراق » الى جانب « الواقعة » باعتبار إستيعاب

---

(١) انظر :

EMIL LE DUC, De fait nouveau en matière de révision des procès criminels ou corrctionnels, Dans : Rev, Critique, 1899, p. 268

PINATEL, op. cit. p. 45

YVES, op. cit. p. 133

الأخيرة للأولى ، لكن هذا الحرص من ناحية أخرى يجد تبريره فى الفارق الذى استقام فى ذهن المشرع — بالنسبة لشرط الجدة — بين كل من « الأوراق » و « الواقعة » وهو فارق محل نظر فى حد ذاته ، لأنه لا فارق فى الطبيعة كما سبق وأبرزنا بين « الواقعة » و « الورقة » .

وعلى أية حال ، فانه يلزم — بصريح النص — بالنسبة للأوراق أن تكون « غير معلومة وقت المحاكمة » ، أى « مجهولة » عن كل من المتهم والقاضى معا ، بحيث ينفى علم أحدهما حق المحكوم عليه فى إعادة نظر إدانته إستناداً اليها وهو موقف نكتفى فى صدده بأن نقرر صلاحية المناقشات التى سنخص بها الواقعة عليه ، ثم أن نقرر أن « علم » المتهم حيازته لورقة ما إو امكانية حيازته لها ، لا يتنافى مع إحتمال اعتقاد المتهم — الخاطىء بطبيعة الحال — بتفاهة « مضمونه » أو بقصوره من جهة ، كما أن الأهمية الكاملة لمضمون الورقة قد لا تتضح إلا بعد الحكم ومن خلاله أسبابه ، الأمر الذى يجعل من الكثير حرمان المتهم من حقة فى إعادة نظر دعواه لمجرد « علمه » بالورقة[1]

أما بالنسبة « للواقعة » فقد جاءت — فى مصر وفرنسا — فى صياغة بالغة الدقة « إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم وقائع ... » وإذا كان صحيحا أن تعبير اذا « حدثت se produire بعد الحكم » يعنى حتما واقعة لا حقة على الحكم لم تكن موجودة لدى صدوره ومن هنا جديدة فى المعنى الدقيق للكلمة ، فان تعبير « أو ظهرت se reveler بعد الحكم » ، يفيد بغير أدنى شك واقعة كانت بالفعل موجودة لدى الحكم وأن تصادف ولم تظهر لدى المحاكمة ، أو بعبارة أخرى — لها ذات المعنى — يعنى واقعة سابقة أو معاصرة للادانة ومن هنا

---

(١) انظر :

MAYER, op. cit, p. 117 et 118
FAZY op. cit. p. 73

ويقرر أنه كان يكفى اشتراط أن تكون الورقة قد حازت بعد الحكم قوة حاسمة لم تكن لها ولو كانت قد قدمت الفعل .

واقعة قديمة فى المعنى الدقيق للكلمة . فالجدة لا تتعلق بالواقعة فى معنى الصورة العامة الا من ناحية واحدة هى « عدم ظهورها » لدى المحاكمة سواء كانت الواقعة فى ذاتها سابقة أم معاصرة أم لاحقة على الحكم ذاته ، فالنص ـــ كما رأينا لا يخضع الواقعة المثبتة لبراءة المحكوم عليه قط لأى شرط زمنى تتشكل منه جدتها سواء فى علاقتها بالجناية أو الجنحة التى سببت الادانة أم بالادانة ذاتها[1] . ومن هذا يتضح أن ظهور الواقعة لا الواقعة ذاتها هو الذى يجب أن يكون لاحقا على الادانة ، وبالتالى فان وصف الواقعة بالجدية وجريان هذا الوصف لا يخلو من تساهل .

ويرتبط شرط الجدة بالمعنى السابق بجوهر اعادة النظر ، ليستبعد ـــ على رأى الفقه ـــ كل تقدير للوقائع التى كانت بالفعل معروفة لدى المحكمة ، لأن إعادة النظر ليست استئنافا ولا ينبغى أن تختلط به ، وهذا صحيح ، ثم لتستبعد كذلك ـــ على رأى الفقه ـــ كل مناقشة حول الأدانة التى كانت الفعل قد قدرت فى المحاكمة الأولى[2] . وهذا ما نتخالف فيه مع الفقه . لأن ذلك النقاش

(١) انظر :

LE DUC, op. cit. p. 265
PINATEL, op. cit, p. 40
MAYER, op. cit. p. 116
ROUX, note, 1899
GARRAUD note D.P. 1900 1. 137 1900
LE POITTEVIN, R. 1805 p 923
MONGBEAUX, op. cit, p. 150
DESJARDIN, op. cit. p. 771
LEMOINS, op. cit. p. 184

(٢) انظر :

GARRAUD, note op. cit.
ROUX, note , 1899
SADOUL op. cit. p. 97
SEVESTRE, op. cit. p. 197
LEMONES op. cit. p. 186

مستبعد أساسا لافتقار ما ينتجه إلى طبيعة الواقعة ، فتلك المناقشة من قبل أن تكون قديمة ليست واقعة ، وهى شرط ابتداء ، لأن الحدث الذى لا ينتج سوى تقدير جديد لذات المعطيات لا يتسم بالطابع الموضوعى الذى يعطى للواقعة طابعها المادى ، وهو ما سبق وأبرزناه .

وأيا ما كان الأمر ، فان كلا من التأصيلين ينتهى إلى ما هو مجمع عليه من الفقه ومسلم به من القضاء من ضرورة أن تكون « الواقعة » التى يتأسس عليها طلب اعادة النظر مجهولة من القضاة الذين اصدروا الحكم المطعون فيه ، بلا خلاف ذلك أنه مادامت تلك الواقعة كانت بالفعل معلومة من القضاة الذين أصدروا الادانة برغمها ، فلا فائدة فى الواقع من إعادة إثباتها والتمسك بها قبلهم، لأنها خضعت لتقديرهم وكانت محلا لمناقشتهم ، وانتهوا إلى طرحها وإستقامة الأدلة برغمها أو استقلالا عنها[1] والقول بغير ذلك يجعل من أعادة النظر استئناف وهو أمر مرفوض .

لكنه إذا كان مسلما بأن علم القضاة بالواقعة ينفى عنه جدتها ، فانه يبقى أن تحدد « القاضى » الذى ينفى علمه هذه الجدة ونوع العلم الذى ينفيها إذا تعلق به هل هو قاضى الحكم وحده أم هو كذلك قاضى التحقيق ؟ ثم هل يكفى لتحقق العلم بمجرد « اثارة » الواقعة فى مرحلة التحقيق أو حتى فى المراحل السابقة عليه أم أنه لا يتحقق إلا إذا كانت الواقعه قد خضعت « للمناقشة » الفعلية أمام قضاء الحكم أو أجابت محكمة النقض المصرية على هذا التساؤل بقولها « ... لما كان القانون قد اشترط فى الوقائع أو الأوراق التى تظهر بعد الحكم وتصلح سببا للالتماس أن تكون مجهولة من المحكمة والمتهم معا ابان المحاكمة وكان الثابت بالأوراق أن واقعة بطلان اجراءات القبض والتفتيش التى يستند اليها طالب اعادة النظر لم تكن مجهولة منه أثناء محاكمته بجريمتى إحراز السلاح النارى والذخيرة بدون ترخيص ، فقد دفع فى محضر التحقيق — قبل محاكمته —

(١) انظر :
MONGIBEAUX, op. cit. p. 150

ببطلان القبض عليه وتفتيشه ، وطلب محاميه ــ تحقيقا لهذا الدفع ــ سؤال شرطى المرور عن ساعة ضبط السيارة التى كان يستقلها المتهم ومع ذلك فلم يثر أى منهما أمر ذلك البطلان بجلسة المحاكمة المشار اليها .... »[1] . وتحددا بما ناقشه واضح أن المحكمة تكتفى فى تحقيق العلم بحصوله فى المراحل السابقة على التحقيق فالقاضى لديها هو قاضى الحكم أو قاضى التحقيق أو ممثل النيابة سواء . كما أنها تقنع لتحققه بمجرد إثارة الواقعة فى أى من تلك المراحل دون أن يلزم مناقشتها الفعلية لدى قضاء الحكم .

وبذلك تكون محكمة النقض المصرية قد قررت بما لا يمكن التسليم به ، فالقاضى فى هذا الصدد ينبغى أن يؤخذ بأضيق معانيه وهو قاضى الحكم فقط . والعلم الذى ينفى عن الواقعة جدتها هو العلم الذى يعلن به أثناء المرافعات الشفهية التى يتأسس عليها الحكم قانونا . تلك هى النتيجة المنطقية التى يعكسها مبدأ شفهية المرافعات إذ الاصل ــ كما تقرر محكمة النقض ذاتها ــ أن تبنى الأحكام الجنائية على التحقيقات الشفهية التى تجريها المحكمة فى مواجهة المتهم . أما التحقيق الابتدائى ولا يزال القول لمحكمة النقض فليس إلا تمهيدا للتحقيق الشفهى فلا يعدو أن يكون من عناصر الدعوى التى يتزود منها القاضى فى تكوين عقيدته[2]

وعلى هذا الاساس فان الواقعة تظل جديدة ، ولو كانت قد أثيرت بالفعل فى المراحل السابقة على مرحلة قضاء الحكم ، ما دامت لم تكن محل مناقشة فى المرافعات التى جرت أمام هذا الأخير سواء من الشهود أو الخبراء أو الاتهام أو الدفاع ولم تكن موضوعا لمستند مقدم كما تظل جديدة ولو كانت قد اثيرت

---

(١) انظر نقض ١٩٦٧/١/٣١ مجموعة الأحكام س ١٨ ق ٢٧ ص ١٤٥ ــ ويوافق على هذا المعنى : فتحى سرور ، مقالة الواقعة الجديدة ، س ١١

(٢) انظر على التوالى : نقض ١٩٦٩/٢/٨ س ٢٠ ق ٢٨٣ ــ ونقض ١٩٥٦/١/٢٣ احكام النقض س ١٠ ق ١٠١ ــ وانظر فى المبدأ : المرصفاوى ص ٦٧ وما بعدها ــ فتحى سرور ، ص ٦٨١ وما بعدها .

بالفعل أمام قضاء الحكم من واحد ممن سبق ذكرهم لكن بصفة احتياطية أو على سبيل الفرض أو الافتراض ، ما دامت لم تخضع لمناقشة فعلية ، وتظل كذلك جديدة ، الواقعة القابلة للانقسام إذا كانت الجدة — بالنحو السابق — قد علقت بواحد من وجوهها ولو كانت فى وجوهها الأخرى قديمة ، أى كانت محل مناقشة من قضاء الحكم .

تفقد الواقعة جدتها فى حالة وحيدة هى سبق أثارتها لدى قضاء الحكم بطريقة جازمة ، طرقت سمع المحكمة . لأن تلك هى الحالة الوحيدة التى يمكن أن يقال فيها أن المحكمة قد ناقشتها ووزنتها وقدرت استبعادها واستقامة الادانة برغمــهما أو استقلال عنها[1] هذا هو مفهوم شرط الجدة .

لكن هل يشترط أن تكون الواقعة محل طلب اعادة النظر مجهولة كذلك من « المحكوم عليه » ؟ بمعنى اخر هل علم المحكوم عليه السابق بالواقعة ينفى عنها جدتها ؟ أجاب البعض على هذا التساؤل بالايجاب فيمكن أن تكون الواقعة — ذاتها — قد حدثت قبل الادانة لكنه يلزم فى جميع الاحوال أن تكون الواقعة قد تكشفت فيما بعد الادانة حتى للمحكوم عليه[2] .

ويستقيم هذا الرأى لدى أصحابه على عدد من الأسانيد :

---

(١) قارب :

YVES op. cit, p. 145 et 146

والواقع أنه دون هذا المعنى يصبح شرط الجدة مصيدة خطيرة لشل حق المحكوم عليه فى اعادة النظر بإدانته الخاطئة

(٢) انظر :

MAYER, op. cit., p. 116 et 117
SEVESTRE, op. cit. p. 196
LOUIS JARDIN, op. cit., p. 110
SADOUL op. cit. p. 97

فى مصر : محمود مصطفى ، ص ٦٧٠ — المرصفاوى ، ١٠١٧ — نقض مصرى ١٩٦٧/١/٣١

أولا : أن الصياغة التشريعية للحالة العامة كانت على ماكان مجلس النوات قد اقتراحه ، بعيدة عن أن تعطى تلك الشبهة « إذا حدثت أو ظهرت واقعة » . لكن مجلس الشيوخ بموافقة الحكومة أضاف لفظ « بعد الادانة » **aprée condamnation** لتلافى الخطر الذى كان يمكن أن ينجم من غير تلك الاضافة ، وعلى تلك الاضافة صدر القانون . وعلى ذلك فإن الواقعة التى تحدث أو تظهر ينبغى — لكى تظل للألفاظ معانيها — أن تكون بعد الادانة . وهذا ما لا يتحقق إلا إذا كان الجهر بها شاملا للقاضى والمحكوم عليه بها معا . ويستشهدون فى هذا الصدد بما قاله الاستاذ بوركرى بواسيران **POURQUERY DE BOISSERIN** فى تقريره بأن « الأوجه الواقعية التى كان بوسع المتهم استخدامها للدفاع عن نفسه ولم يستخدمها عمدا لا يمكن أن تثار منه تدعيما لطلبه باعادة النظر[1]

ثانيا : أن المشرع لدى تنظيمه لاعادة النظر كان « قد قرر فى المادة ٣/٤٤٤ من ق.ت.ج. على أنه ، يكون طلب إعادة النظر غير مقبول إذا لم يسجل لدى وزارة العدل أو يقدم من النيابة العامة بناء على طلب الخصوم فى ميعاد سنة من تاريخ علم « هؤلاء » بالواقعة التى كانت سببا للمراجعة . ولا شك أن المقصود بهؤلاء هم الخصوم : المحكوم عليه ومن يمثلونهم .

ثالثا : وهى حجة نظرية أبرزتها محكمة النقض الفرنسية فى حكم وحيد اشترطت فيه جهل المحكوم عليه بالواقعة[2] — ومقتضاها أن لايجوز تعريض حجية الشيء المقضى فيه — وهى التى تحمى الأمن الاجتماعى — للخطر فى سبيل شخص راح ضحية خطئه الذاتى أو غشه المتعمد . فمثله ليس له إلا أن يلوم نفسه .

---

(١) فى الحجية :

MAYER op. cit. p. 116
SEVESTRE op. cit. p. 196

(٢) **Cass. 22 janv. 1898 note Garraud op. cit.**
MONGIBEAUX, op. cit., p. 152

تلك هى الاسانيد التى تأسس عليها الرأى الذى اشترط لتوافر شرط الجدة أن تكون الواقعة مجهولة من القاضى والمتهم معا وقد بات هذا الرأى مهجورا على المستويين الفقهى والقضائى فى فرنسا ، ولكن محكمة النقض فى مصر لم تزل متمسكة به مؤيدة فى ذلك بجماعة الفقه[1] وحقيقة الأمر أن الاسانيد التى استقام عليها هذا الرأى ليست حاسمة .

فالنص يقرر سواء فى مصر أم فى فرنسا بأنه « إذا حدثت أو ظهرت بعد الحكم واقعة .... » هذا النص بهذه الصياغة ، لا يحتمل ما استخرجه هذا الرأى من إضافة لفظ condamanation après un بعد الإدانة أو بعد الحكم كما فى النص المصرى ، تعنى حتما اشتراط انتفاء العلم السابق للمحكوم عليه كذلك[2] ، إذ يبقى احتمال بأن يظل المقصود من النص برغم تلك الاضافة علم القاضى فقط ، اذ يكون النص بعد تبسيطه ، إذا حدثت بعد الحكم .... أو ظهرت بعد الحكم ، يتطلب أو بالأدق يفترض نوعا من العلانية المحققة للظهور والتى لا تتوفر فى مجرد علم المحكوم عليه وحده بالواقعة ، وانما فى امتداد هذا العلم إلى القاضى كذلك . فالمشرع لم يشترط بأن تكون الواقعة « مجهولة » لدى المرافعات وانما أكتفى بأن تكون قد « ظهرت » بعد الادانة ، ولو قد كان المشرع يعنى أن تكون الواقعة مجهولة من المتهم كذلك لامكانية التمسك بها ، لاشترط — كما بالنسبة للأوراق فى النص ذاته — أن تكون الواقعة مجهولة لدى المرافعات. ويقينا فان المشرع يعرف الفرق بين أن تكون الواقعة مجهولة inconnu لدى المرافعات وبين مجرد ظهورها بعد الادانة[3]

(١) نقض ١٩٦٢/١/٣١ وقررت ان القانون قد اشترط فى الوقائع أو الأوراق التى تظهر بعد الحكم وتصلح سببا للالتماس أن تكون مجهولة من المحكمة والمتهم معا ابان المحاكمة . انظر ايضا : محمود مصطفى ص ٦٧٤ ، المرصفاوى ١٠١٧ — رؤوف عبيد ص ٨١٥ وعكس ذلك فتحى سرور ، مقالة

(٢) قارب : MONGIBEAUN, op. cit. p. 155
Note GARRAUD, op. cit. p. 1900

(٣) قارب : LAMOINE, op. cit. p. 180

صحيح أن المشرع اكتفى بتعبير « إذا ظهرت بعد الحكم » دون أن يوضح قصدة الدقيق من هذا الظهور . لكن المؤكد أن « الظهور » لا يمكن أن يتحقق الا إذا تعلق مضمون الواقعة بعلم من يهمهم الأمر . وإذا كان المحكوم عليهم هو أول من يهمهم الامر فان القاضى من المهتمين بغير شك ، فاذا كان الأخير جاهلا بها فهل يمكن القول بأن الواقعة كانت « ظاهرة » لمجرد تعلق مضمونها بعلم واحد فقط من المهتمين .... [1]

والواقع من الأمر أن الذى أورث هذا الشك ، وكان سببا فى ظهور الرأى الذى نناقشه بالرفض ، هى تلك الاضافة التى ذكرت توا ، والتى تعرضت للنقد من أغلب الفقه ، حتى من أصحاب الرأى الذى نناقشه على أساس أن صياغة مجلس النواب والتى كانت خالية من تلك الاضافة كانت تحمى بطريقة اكثر اكتمالا وبالتالى اكثر مطابقة للعدالة مصالح الابرياء المحكوم عليهم ظلما[2] . لكن تلك الاضافة — فيما يبدو لنا — لا تعوقنا عن بلوغ هذا الهدف كما سبق أن أثبتنا ، واكثر من ذلك نعتقد بلزوم تلك الاضافة ودقتها فى الوقت ذاته ، لأن تعبير « ظهرت بعد الحكم » انما جاء ليستوعب الوقائع التى تكون قد حدثت قبل الادانة والتى كان يمكن أن يثور حولها الشك لو جاءت صياغة النص خالية مما يسمح بقبول الوقائع السابقة على الادانة وهو ما تعمل تلك الاضافة على تأكيده .

هذا كله من جهة ، ومن أخرى فان النكوص نحو الاعمال التحضيرية للقانون لاستخراج مقصود للمشرع يؤيد هذا الرأى ، لا يؤدى الى احتفاظه بقوة ما .

---

(١) انظر :

LEMOINE, op. cit. p. 185

(٢) انظر :

MAYER, op. cit. p. 116 et 117
FAZY, op. cit. p. 72
LEMOINE , op. cit. p. 188

فمـا قاله الاستاذ المقرر بوركلى بواسيران Pourquery De Boisserin بأن الأوجه الواقعية التى لم يستخدمها المتهم عمدا للدفاع عن نفسه لايمكن أن تثار منه تدعيما لطلبه فى إعادة النظر . هذا القول على الرغم من تشخيصه لنوع الاحجام عن استخدام الوجه بالعمدية يتخالف مع الروح العامة التى كان يمكن ان تستلهم من تقرير الاستاذ بواسيران والتى لو كانت قد نوقشت لرجع عنها هو نفسه كما يرى البعض[1] وفوق ذلك فان تفسير النص لا يجوز أن يكون حرفيا ثم ينبغى أن يكون متحررا من رأى أشخاصه أيا كانت مكانتهم ، فقصد المشرع ليس قائدا جبريا لتفسير النصوص لأن القائد الحقيقى هو رغبتنا فى أن نرى فى النص ــ ما دام يسمح ــ كل ما يمكن أن يقربه من العدالة والغاية

الجدة كشرط أساس لاعادة النظر تجد علة وجودها فى إقامة الفصل بينها وبين الاستئناف وتوقى الخلط بينهما . ومن هنا فالجدة انما تعلق بظهور الواقعة لا بالواقعة ذاتها ، والغاية منها هى استبعاد كل تقدير لوقائع كانت بالفعل معروفة لدى الادانة وكل تقدير لأدلة سبق بالفعل وقدمت على ما يرى البعض . وطالما أن علم القاضى لا المحكوم عليه بالواقعة هو الذى يجعل من التمسك بها نوعا من الاستئناف ، فان شرط الجدة ينبغى أن يفهم توجهه الى القاضى والقاضى فقط ، ذلك أقرب الى قصد المشرع ، ليس فى النصوص إذن ما يسمح باشتراط جهل المحكوم عليه بالواقعة كشرط لجدتها بل أن تفسير النصوص على ضوء القصد المحتمل للمشرع والغاية من شرط الجدة يميل الى توجه شرط الجدة الى القاضى ، والقاضى فقط .

أما فيما يتعلق بالمادة ٤٤٤/٤ من ق.ج. الفرنسى ، والتى كانت تنص على أن طلب إعادة النظر يصبح غير مقبول إذا لم يسجل لدى وزارة العدل أو يقدم من النيابة العامة بناء على طلب الخصوم فى ميعاد سنة من تاريخ علم « هؤلاء » بالواقعة التى يتأسس عليها طلب اعادة النظر

---

(١) MONGIBEAUX, op. cit. p. 154

هذه المادة برغم أن القانون المصرى خلا تماما مما يقابلها من ناحية ، ألغيت كذلك فى القانون الفرنسى من ناحية أخرى ، الأمر الذى يضعف من البدء كل قوة للحجية المستخلصة منها فان الثابت ان ميعاد السنة هذا والذى كان مجلس الدولة قد أعد مشروع النص المقرر له ، وكذلك النص الذى كانت لجنة مجلس الشيوخ فقد تقدمت به فى هذا الخصوص ، كان يقصر تطبيق هذا الميعاد على الطلبات المقدمة من « الخصوم » والمؤسسة على الحالة « الثانية » أو « الثالثة » لحالات اعادة النظر . فاذا كانت تلك القيود قد اختفت فى الصياغة النهائية للنص ، ألا يبقى أن نتمسك بأن هذا الميعاد لا يسرى على الحالة الرابعة .... وحتى إذا فهم هذا النص على معنى انطباقة على الحالة الرابعة والتى ينتسب الحق فى طلب إعادة النظر تأسيسا عليها إلى كل من النيابة العامة والخصوم ، فان هذا النص وان حرم المحكوم عليه الذى كان يعلم بالواقعة من التمسك بها كسبب لاعادة النظر ، فان حق النيابة العامة فى التمسك بها يظل قائما بغير مساس ، بعبارة أخرى إذا كان المحكوم عليه لا يستطيع فى مصلحته أن يطلب اعادة نظر الخطأ القضائى الذى كان جملة فاعلة وضحيته فان النيابة العامة وهى تتصرف فى سبيل المصلحة العليا للحقيقة ، تظل لها دائما المبادرة فى استعمال هذا الحق[1]

وفضلا عن ذلك وعلى مستوى النصوص كذلك . فان المادة ٤٤٦ من ق.ت.ج. الفرنسى ، وقد كانت فى صياغتها الأولى تلزم قاضى إعادة النظر بتقدير التعويض المستحق لضحية الخطأ القضائى اذا طلب ، قد عدلت من بعد لأن فى هذا الالتزام ما يدعوا الى الخشية من غش الأفراد الذين يدعون ادانتهم تصدر باخفاء واقعة حاسمة بغية الحصول على التعويض . ولذلك استبدلت كلمة يجوز pourra بكلمة يجب devra هذا التعديل فى حد ذاته لا يستقيم فهمه بلا شك إلا إذا كانت إعادة النظر ممكنة ومقبولة فى حالة علم المحكوم عليه[1]

(١) GARRAUD, op. cit. note, p. 1900

(١) انظر :

GARRAUD, op. cit. note p. 1900 =
FAZY op. cit. p. 72 et 73

ومن جهة أخرى ، فان القول بأن اعادة النظر تضع حجية الشيء المقضى فيه فى المناقشة ومن ثم فلا يجوز السماح بها إذا ما تأسست على الأوجه الواقعية التى كان يمكن للمحكوم عليه استخدامها ولم يستخدمها عمدا لأن تشكيه فى هذه الحالة يكون من خطئه الشخصى لا من الخطأ فى إدانته ، والهيئة الاجتماعية لا ينبغى أن تتحمل مثل هذا التزعزع فى علاقاتها لانصاف محكوم عليه استدعى الخطأ بنفسه أو بالأقل ارتضاه[٢] . أو على حد تعبير النقض الفرنسية — فى حكم وحيد سارت فيه مع هذا الرأى — أن إعادة النظر لا تنطبق على المحكوم عليه الذى تنحصر شكواه فى الادانة التى نجمت مباشرة من خطئه الذاتى لأن مثله ليست له مصلحة مادية أو معنوية فى طلب البطلان[١] ، هذا القول يبدو — أولا — متطرفا ومتناقضا مع أساس إعادة النظر . فاذا كانت مصلحة المجتمع تتعارض مع إدانة فرد كان بريئا عن الواقعة التى اتهم فيها فان ذات المصالح تتعارض مع تثبيت الادانة التى صدرت خطأ ، فحكما من هذا النوع لا يجوز فى دولة متحضرة أن يظل قائما لأن المحكوم عليه قد قبل الادانة أو حتى استدعاها . والا كانت إعادة النظر — بطريقة مانعة — وسيلة لاصلاح الخطأ القضائى فى مصلحة ضحيته وهو مفهوم بالغ الحرج باعتبار إعادة النظر هى التصحيح اللازم والضرورى للاخفاق الذى اصاب حجية الشيء المقضى فيه ، يرد اليه قوته ويرد عنه الاضعاف الذى كان يمكن أن يلحق به ازاء تثبيت ادانة خاطئة متناقضة مع

= MONGIBEAUX, op. cit, p. 155
BERTRTRE, op. cit. p. 97
PINATEL, op. cit. p. 47

(٢) انظر :

MONGIBEAUX, op. cit. p. 152
MAYER, op. cite, p. 116
SADOUL, op. cit., p. 98
SEVESTRE, op. cit. p. 169
Cass22 jav. 1898 D. P. 1900 1. note Garraud, p. 391
ويلاحظ أن المحكمة سلكت فى حكم اخر صادر فى نفس اليوم بالمعنى العكسى تماما .

البداهة المرصودة فى أذهان الجميع[1] . ثم أن هذا القول يتأسس ـــ ثانيا ـــ على خطأ مبدئى . فقد استقامت حجته على حالة « الاحجام العمدى » عن استخدام الوجه لكنه انتهى الي منع اعادة النظر عن المحكوم عليه إذا تعلق « علمه » بالوجه على الاطلاق . والمنطق يقضى أن يقتصر الحكم على حالة الاحجام العمدى ان صحت الحجة ، بما فى ذلك من خطر من القضاء وعليه فى تحديد طبيعة الأحجام . وبالتالى فان تعميم الحكم يعد إبتداء خطأ مبدئيا[2] يؤكد ذلك ما يسلم به أصحاب هذا الرأى نفسه من أن المتهم قد لا يفهم الأهمية الكاملة لدليل براءته أو قد يهمل أو ينسى تماما إستخدامه عفوا أو اكتفاء بما تقدم به بالفعل من أدلة ، أو حتى أن يتعمى الدليل عليه فلا يتضح الا بعد صدور الادانة نفسها حيث تبرر هى ذاتها دلالة أو قوة دليل معين كانت ضعيفة فى ذهن الدفاع دلالته أو قوته ، فضلا عن ذلك فان على المحكمة أن تحدد أولا اللحظة الزمنية التى تعلق بها علم المحكوم عليه بالواقعة وهو أمر لا يخلو من خطر[3] . ذلك كله من وجهة نظر معينة هى منطقية الرأى نفسه بصرف النظر عن أساسه أو فلسفته .

فالواقع أن هذا الرأى يقوم على أساس توقيع العقاب على المحكوم عليه ونقصد

---

(١) GARRAUD, op. cit. note, p. 1900

وقارب :

BOUZAT, op. cit. p. 1463

ويقرر أن المتهم لا يمكن ـــ ولو بارادته ـــ تحمل عقوبة عن جريمة لم يرتكبها

(٢) يحاول البعض أن يعطى لهذا الخطأ شكلا منطقيا بتقريره أنه من غير المقبول أن متهما مقدرا جسامة موقفه ومدركا من محاميه هوله يقع فى خطأ فى تقدير الدليل المثبت لبراءته أو ان يهمل استخدامه . فان حدث ذلك فلا يلومن الا نفسه ثم انها فروض نادرة لا تقوى على تقرير مضمون واسع لاعادة النظر هدم الحجية كشىء من اللذة على حد تعبير

SADOUL, op. cit. p. 98 et 99

وهو قول واضح الاجهاد لأنه اذا كان من غير المقبول حدوث ذلك فان من الممكن حدوثه

(٣) انظر :

MAYER, op. cit. p. 116

LEMOINE, op. cit, p. 187

بالعقاب هنا حرمانه من حقه فى إعادة نظر دعواه لقاء خطئه فى عدم التمسك — مع علمه — بالدليل المثبت لبراءته بعبارة أخرى خطأ المحكوم عليه أو غشه فى التمسك بدليل براءته مع علمه به يؤدى الى تثبيت ادانته الخاطئه ، وهو أمر غريب فى القانون الجنائى ، ليس فقط بسبب مبدأ الشرعية حيث لا يعاقب هذا القانون على ذنب متصور لأن العقوبة فيه إنما هى جزاء قانونى لخطأ وضعى — لا متصور — هو أما جناية وأما جنحة وأما مخالفة وهو — أى الخطأ — مالم يقع أو وقع ولكن من غير المحكوم عليه[1] وإنما كذلك لأن الحقيقة التى ينبغى أن يعلنها الحكم والتى ينبغى أن تتعلق صحته وخطؤه عليه هى حقيقة الادعاء الذى كان هذا الحكم موضوعا له ، وما دامت تلك الحقيقة خاطئة تعلق للمحكوم عليه حقه فى المطالبة باصلاحها بحقه فى إعادة النظر ، فاعادة النظر ، كتنظيم قائم لمواجهة الأخطاء القضائية بالاصلاح لا ينبغى أن يستخدم ولو بالسلب — أى بالحرمان — كجزاء على المحكوم عليه خطأ ولو كان هو نفسه قابل لهذا الخطأ أو كان حتى قد استدعاه .

من ذلك كله ولذلك كله ننحاز الى رأى جماعة الفقه الفرنسى فى القول بأن علم المحكمة — دون سواها — بالواقعة هو الذى ينفى عنها جدتها[2] . وهو فى ذات الوقت الرأى الذى استقرت عليه عدد من التشريعات التى تفوقت فى تنظيمها لاجراء اعادة النظر كالتشريع الألمانى . والنمسوى . فالجدية فيه لا تشترط إلا بالنسبة للمحكمة . فالواقعة (أو دليل الاثبات) يظل جديدا ما دامت المحكمة لم تحط بها علما ، ولو كانت قائمة بالملف أو فى ذهن المحكوم عليه أثناء

---

(١) انظر :

FAZY, op. cit. p. 196
MONGIBEAUX, op. cit. p. 159

(٢) انظر :

BOUZAT, op. cit. p. 1462 et 1443
YVES, op. cit. p. 58
FAZY, op. cit. p. 72 et 73
LEMOINE, op. cit. p. 186 et 187
BERTRE, op. cit. p. 97

المراجعات ، وتفقد جدتها إذا كانت قد خضعت بالفعل لتقدير المحكمة[1]

لا ننكر أن الاكتفاء بإنتفاء علم القاضى لتوافر شرط الجدة يمكن أن يسمح بمساوىء على درجة من الجسامة ، لأنه قد يعطى الفرصة للمتهم لأن يخفى عمدا واقعة هامة وحاسمة فى براءته ليدفع بها من بعد الادانة . توصلا للتعويض — فى البلاد التى تسمح به — أو توصلا لقضاة اخرين له فيهم أمل أوسع . أم لأن طريقته فى الدفاع تقوم على الانكار بطريقة قد يؤدى تمسكه بالواقعة الى اضعاف موقفه أو هدم طريقته فى الدفاع أم سواء لأنه يرغب فى تحمل مسئولية الجريمة دون أن تقع بالفعل منه فى سبيل اخر أو لاعطائه الوقت للهرب أو رغبة فى الادانة لذاتها ، هذا كله صحيح وممكن ، لكن ألا ترى أن ذلك كله إنما هو ثمرة طبيعة للحق المنسوب كاملا للمتهم فى الدفاع عن نفسه ، أليس مسلما به من الجميع أن حق المتهم فى الدفاع يجيز له أن يصل الى حد الكذب أو الصمت المطلق .

إذا كان ذلك ثابتا ومسلما به كحق مقدس للمتهم ، أفلا ترى من بعد ، أن اعتماد النظام الذى ينفى الجدة لمجرد علم المتهم يضع عليه التزاما متناقضا ومن غير أساس بأن يشترك اشتراكا نشطا فى الدفاع عن نفسه وأن يقدم كل ما لديه من وقائع أو أدلة ، تحت تهديد أن حقه فى التمسك بها يسقط بمجرد علمه بها دون تمسك[2] ، كما يتناقض مع التقسيم المعروف لعبء الاثبات .

(١١٣) بقى لنا من شروط الواقعة فى معنى الصورة العامة لاعادة النظر شرط الجسامة ، أو بلغة النص بيان المقصود من عبارة « وكان من شأن هذه الوقائع أو الأوراق ثبوت براءة المحكوم عليه » ، وهى تقابل التعبير الفرنسى condamnè

(١) انظر
YVES, op. cit. p. 57
MAYER, op. cit. p. 117.
LEMOINE, op. cit. p. 187
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 111

(٢) قارب :
YVES, op. cit. p. 143 et 144

فمتى تكون الواقعة من شأنها اثبات براءة de nature à établir l'Innocence du المحكوم عليه ، أو متى تكون جسيمة ؟ هذا السؤال يمكن أن يوضع بصياغة أخرى أكثر اقترابا من لب المشكلة : هل ينشأ حق المحكوم عليه فى إعادة نظر الادانة الصادرة ضده إذا أثار واقعة جديدة من شأنها أن تثبت « عدم مسؤوليته » عن الواقعة الاجرامية التى صدرت الادانة على أساسها ؟ أم يلزم لكى ينشأ له هذا الحق أن تكون الواقعة المثارة من شأنها أن تثبت « براءته » أى عدم وقوع الجريمة أصلا أو أغترابه المطلق عنها ؟ والواقع أن لهذا السؤال أبعاد خطيرة ، لأن عدم المسئولية فى لغة القانون لا تعنى الاغتراب المؤكد عن الواقعة الاجرامية التى سببت الادانة وإنما تعنى عدم « ثبوت » المسئولية عن الواقعة أثناء المحاكمة والقول بكفاية الواقعة المثبتة لعدم مسئولية المحكوم عليه تعنى الإكتفاء بمحض إثارة الشك فى هذه المسئولية فيستفيد المحكوم عليه من قاعدة الشك المعروفة فى الاثبات الجنائى ، ولا يكون فى حقيقة الأمر بحاجة إلى واقعة جديدة بالمعنى الدقيق وإنما بحاجة إلى هدم الإدلة التى سبق وأستقامت إدانته على أساسها لتلعب قرينة البراءة دورها من بعد ، فتصبح إعادة النظر فى حقيقة أمرها استئنافاً بإسم جديد ولهذا كان مجلس الشيوخ الفرنسى محقاً حين اعترض على ما كان مجلس النواب قد اقترحه بشأن الواقعة الجديدة عند ادخالها لأول مرة فى القانون الفرنسى مستعيضاً عن تعبير عدم المسئولية non culpabilité بلفظ البراءة l'innocence حتى تبقى لإعادة النظر جوهرها ، باعتبارها ما شرعت إلا لتصحيح « الإخطاء القضائية » أى الخطأ فى كلمة القضاء النهائية فى الحكم الواقعى فى قرار القاضى بثبوت الجريمة ونسبتها الى المتهم . وعلى هذ الأساس يصبح مؤكدا أن الواقعة ينبغى لكى تكون جسيمة أن تتجه دلالتها لا إلى إثبات عدم مسئولية المحكوم عليه وإنما إلى إثبات براءته[1] لكنه ليس معنى ذلك حرمان

---

(١) انظر :

MONGIBEAUX, p. op. cit. 160 et 161
LEMOINE, op. cit. p. 189
LE POITTERVIN Rapport, p. 956
SEVESTRE, op. cit, p. 197
LOUIX JARDIN, op. cit. p. 105 et 106

المحكوم عليه من حقه فى إعادة نظر دعواه إذا توافرت لديه واقعـة تثبـت يقينـا عدم مسئوليته عنها، لكن معناه أن الواقعة التى لا ترمى إلا إلى أحداث الشك فى مسئوليته لا تكفى لأن إعادة النظر ليست أستئنافا ، ومن هنا فان الخـلل العقلى للمتهم لحظة الجريمة يعتبر واقعة لها جسامتها المطلوبة فى القانون ، وإن كانت لا تؤدى إلا إلى عدم مسئوليته فالبراءة وعدم المسئولية فى صدد جسامة الواقعة لهما نفس المعنى وهو ماعبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها « أن تكون الواقعة .... دالة .... على براءة المحكوم عليه أو يلزم عنها حتما سقوط الدليل عما أدانته أو على تحمله التبعة الجنائية »[1]

لكنه هل يلزم « لقبول » طلب إعادة النظر أن تكون الواقعة دالة بذاتها على ثبوت براءة المحكوم عليه ، أم أنه يكفى فى مرحـلة « قبول الطلب » مجرد الشك الجدى فى صحـة الإدانه ؟ قيل فى مفهوم أول أنه يلزم لكى تستوفى الواقعة جسامتها أن تنبعث عنها البراءة يقيناً ، لكى يمكن قبول طلب إعادة النظر انصياعا للقانون الذى يشترط واقعة تثبت براءة المحكوم عليه وتمشياً مع قصد المشرع والذى عبر عنه مجلس الشيوخ فى التعديل السابق عرضه وما سار عليه المفسرون الأول للنص من اشتراط ثبوت البراءة لدى القبول ثبوتاً شبه يقينى a peu prés certaine وإلا أستفاد المحكوم عليه من محض الشك لدى نظر الموضوع[2] . لكن البعض الآخر رأى أنه يكفى مجرد الشك الجدى فى صحـة

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٥/٣ مجموعة أحكام النقض ص ١٧ ق ١٠٠ ص ٥٥٥ . وقررت « أنه لا يكفى لاعادة النظر فى الدعوى الادعاء بأن المحكمة التى أصدرت الحكم كانت مخطئة فى فهم الوقائع وتقدير الأدلة التى كانت مطروحة أمامها »

(٢) انظر نقض ١٩٦٧/١/٣١ مجموعة أحكام النقض س ١٨ ق ٢٧ ص ١٤٢

MONGIBEAUX, op. cit., p. 167

FAZY, op. cit. p. 73

YVES, op. cit. p. 49 et 50

انظر :

note Raux, 20 févr. 1896 S 1899 1. 452

الإدانة لدى القبول تمشياً مع القانون نفسه الذى أعطى لمحكمة النقض لدى القبول واجب إجراء التحقيقات اللازمة فى الموضوع إذا لم تكن البراءة ظاهرة م ٦٣٥ ق.أ.ج.ف ، م ٤٤٦ ق.أ.ج.م . ـــ الأمر الذى لا يمكن فهمه إلا إذا كان المشرع يسمح بقبول طلب إعادة النظر على أساس الواقعة التى لا تثير سوى الشك الجدى ، ومن ناحية أخرى فان الصورة الثالثة لإعادة النظر « إدانة الدليل » لا تثير فى حقيقتها سوى شكا على صحة الإدانة لكنها لاتثبت فى ذاتها براءة المحكوم عليه ، الأمر الذى يوجب تفسير الصورة العامة على هذا الأساس أو كما عبرت المذكرة الإيضاحية : إنه إذا كانت هذه الحالة الأخيرة « الواقعة الجديدة » يمكن أن يشمل مدلولها باقى الحالات الأربع الأخرى التى وردت بالمادة إلا أنه لوحظ أن فى هذه الحالات الأخرى يبنى وجه الطعن على أسباب واضحة لا تحتمل ما تحتمله هذه الحالة من التأويلات ، وفى النهاية فإن القصد المحتمل للمشرع ـــ على ما كشف عنه موقفه بصدد الحالات التى لا يصدر فيها لسبب

= وانظر فى عرض هذا المفهوم

LOUIX JARDIN, op. cit. p. 106 et 107
MONGEBEAUX, op cit. p. 160
LEMOINE, op. cit., p. 189
LE POITTEVIN, Rapport, op cit. p. 950
PINATEL . op. cit. p. 50 et s.
VIDEL et MAGNOL, Cours de droit criminelle et science penite nitiaire, 7 éd, 1835 , p. 1030

انظر : نقض

20 fevr, 1896 op. cit.
14 Mars 1963 D. 103
23 juillet 1907 N 339
10 sept. 1908 B. N 381

فى مصر : نقض ١٩٦٧/١/٣١ سابق الاشارة اليه . وقد عبرت المحكمة عن اعتناقها لهذا المفهوم بقولها : « أن تكون الواقعة أو الورقة دالة بذاتها على براءة المحكوم عليه أو ... » . ويلاحظ أن حجية الشيء المقضى فيه حجة لدى أصحاب هذا المفهوم كذلك لكننا استبعدناها لسبق بحثنا للموضوع برمته فى فصل مستقل .

أو لآخر « الإدانة » المشترطة فى الصورتين الثانية والثالثة — يتجاوب مع هذا التفسير حيث قالوا أن فى أتساع الصورة العامة الكفاية فى سد هذه الثغرات »[1]

والواقع كما يرى بعض الفقه بحق أن التباعد بين المفهومين السابقين ، قد نتج عن خطأ فى المنهج أو عن خلط فى تحديد اللحظة التى تقدر فيها جسامة الواقعة فجسامة الواقعة تثور مرتين ، الأولى لدى قبول طلب إعادة النظر « كوسيلة » لفتح باب إعادة نظر الدعوى وهذه يكفى فيها مجرد الشك الجدى فى صحة الإدانة على ما ارتآه المفهوم الموسع وتمشياً مع حججه ، لكن جسامة الواقعة تثور مرة ثانية عند نظر الموضوع « كغاية » لسقوط الإدانة وصدور البراءة ، وهذا ما لا يكون إلا إذا ثبتت البراءة يقيناً على ما ارتآه المفهوم الموسع[2] وانصياعاً لحججه .

---

(١) انظر فى عرض ذلك المفهوم :

PINATEL, op. cit. p. 57 et s. Sp 64
MONGIBEAUX, op. cit. p. 158 et s
LOUIS JARDIN, op. cit, p. 108 et s.
DESJARDIN, op. cit. p. 771
LE DUC, op. cit. p. 265 et 266
BERTRE, op. cit. p. 98 et s
SADOUL, op. cit., p. 102 et 166
M. BREBOIS, La révision des procés criminels et correctionnels à l'exclusion de la question d'indemntié
Thése DIJON, 1902, p. 117

(٢) انظر :

MAYER, op. cit. p. 119
PINATEL, op. cit. p. 65 et 66
LOUIS JARDIN, op. cit. p. 108
YVES, op. cit. p. 50

وفى القضاء انظر فى الموضوع : نقض ١٩٦٩/٣/٣١ س ٢ ق ٨٧ — نقض ١٩٧٠/٥/٣ س ٢١ ص ١٥٣ ص ٦٤٦

Cass. 28 Dés. 1929 , Gaz Pal, 1930 , 124
Cas. Crim 18 Déc. 1930 Gaz. Pal, 1931 1. 52

Cas. 29 Déc. 1940 Gas Pal 1940 1 . 330
Gas 2 Mai 1946 . S 1948 1. 57
Cas. 19 Oct. 1950 J. C. P. 1950 II. 5895
Cas. 11 Févr 1954 D. 1954 507
Cas 31 Mai 1957. B. No 358
Cas. 15 Juin 1960, J.C.P. 1963, IV. 118

ويلاحظ أن المادة ٤٤٣ قررت قصر حق طلب إعادة النظر المؤسس على الصورة العامة للنائب العام وحده — من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم — مع الزامه إذا رأى محلا للطلب أن يرفعه مع التحقيقات الى لجنة مشكلة من أحد مستشارى محكمة النقض واثنين من مستشارى محكمة الاستئناف لتفصل فيه بعد الاطلاع على الاوراق واستيفاء ماتراه من التحقيق واحالته الى محكمة النقض ان رأت قبوله

خاتمـــة

خـاتمة البحـث ليست تلخيـصه ، لكنها مغـزاه ومغـزى هـذا البحـث ليس سـوى دعـوى لأن يظـل هـدف الإجراءات الجنائية « سـلامة الحـكم » ، ولأن يـكون هـدف الحـكم إعلان الحقيقة الواقعـية فى الإدعـاء المعـروض على القضـاء .

هـى دعـوة لإستشعـار معنى الطعـن ، ومعـنى كل طريـق من طرقـه ، لتخـليصه من الأفكار المسـبقة ، وتطويعـه فى ذات الوقـت ــ بإعتباره أنشط المنظمات الإجرائية ــ لبلوغ هدف الإجراءات الجنائـية كقانون .

المراجـع

تثبت فقـط المراجـع الرئيسـية لهـذا البحـث باللغــة العربيـة وباللغـة الفرنسـية سـواء . أما المراجع التى لم يكـن لهـا سـوى جهـد التعـزيز ــ بـكل من اللغـتين ــ فقـد اكتفينا بالإشـارة إليها فى مواضعـها من البحـث .

أولا ــ المراجــع العربية

ــ الدكتور أحمد فتحى سرور	أصول قانون الإجراءات الجنائية ، ١٩٦٩ .
ــ الدكتور حسن صادق المرصفاوى	أصول الإجراءات الجنائية ، ١٩٧٢ ضمانات المحاكمة فى التشريعات العربية ١٩٧٢
الدكتور رؤوف عبيد	مبادىء الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ١٩٧٠ المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ١٩٦٣ . ضوابط تسبيب الأحكام فى قضاء النقض المصرى ١٩٥٦
ــ الدكتور رمسيس بهنام	النظرية العامة للقانون الجنائى . دراسة تأصيلية مقارنة نظريا وعمليا ، ١٩٧١
ــ الدكتور عبد الفتاح الصيفى	حق الدولة فى العقاب ، بيروت ٦٩٧١
الأستاذ على زكى العرابى	المبادىء الأساسية للأجراءات الجنائية ١٩٥٢
ــ الدكتور محمود مصطفى	شرح قانون الاجراءات الجنائية ، ١٩٧٠

ثانيا : المراجـع الأجـنبية

Adolphe PRINS

De l'appel dans l'organisation judiciaire répressive .
Etude historique et eritique . Thése BRUXELLERS . 1875

Adrien LALANNE

Théorie de la peine justifiée, Thése PARIS , 1922

Albert DESJARDINS

La révision des procès criminels. Rev. des des deux mondes, 1899

Alert DUPARQUET

L'opposition, Thèse PARIS, 1896

Albert LIRMIN - LIPMAN

Des cas d'ouvertures à Cassation en matiére pénal, Thése, PARIS, 1896

André RICHARD

Les Peiges de l'oppostion en matières repressives. Gaz. Pal. D, II. 1956, p. 51

André SADOUL

De la révision des procès criminels, Thèse, NANCY, 1900

André SEVESTRE

De la révision des procés criminels et correctionnels et des indemntté à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires, Thèse PARIS, 1899.

André VITU

Procédure pénale, Paris , 1957
La réglemantation de l'appel et de l'opposition dans le code de procedure pénale, J. C. P., 1959, 1, 1486
Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile,

Dans mélanges offerts à Monsieur le Professeur PIERRE VOUIN, 1967, p.812 à 828.

André VITU et Roger MERLE
Traité de droit criminel. Problèmes gènèraux de la législation criminelle, Droit Pénal, Procédure Pènale, éd, Cujas, 1967.

André WATEAU
L'effet de l'opposition au jugement civil ou commercial. Etude de jurisprudence, Thèse PARIS, 1910

BARRIS
Note lue 1822 devant la Cour de Cassation, Dans : La Réparatoire de Dalloz, V Cassation, N 1224,

BERENGER
Rapport à l'Académie des Sciences Morales et Politiques de l'Institut de France sur la suppression du deuxième degré de juridiction . (Rapport lu le 21 fèvr, et 18 juin 1835). 1835

BROE
Discours à l'audience du 23 mai 1934, Dans la reparatoire de Dalloz, V Cassation. N . 1276 ou dans Cass. 23 mai 1834, S 1834, I, p. 386 et s.

CHARLES - AM - OINE - RENE MARTZ
De pourvoi en Cassation en matière criminelle. Thése NANCY, 1879

Charles LAPP
La divisibilité du jugement pénal et son effet sur le droit d'opposition. Rev. Sc. Crim., 1951, p. 249 ff.

Charles VIVET
De l'opposition aux jugements par défunt en matiére civile et commmerciale, Thése, PARIS, 1894

DANIELLE CRUT
Où en est la théorie de la peine justifié, Dans la vie judiciaire, No,

1 du 19 au 24 juin 1957

DUP IN
Discours à l'audience du 23 mai 1834, Dans la réparatoire de Dalloz, V Cassation N 1226 ou dans Cass. 22mai 1834 S. I., p. 369

E. GARÇON
Des effets de la révision des procés criminels. Extrait du Journal des Parquet, PARIS, 1803

Ed. TOURNON
Le défaut de motifs, vice de forme des jugements, J.C.P., 1946, I. 553

Emile CHENON
Origines, conditions et effets de la Cassation, PARIS, 18882
Enrico FERRI

Sociologie criminelle. deuxléme édition, traduite de l'italien par TERRIEN (Leson), PARIS, 1944, éd. 1914 et ed. 1944.

Ernest FAYE
La Cour de Cassation : traité de ses attributions, de sa compètence, et de la prcedure observée en matiére civile, PARIS, 1903

ESMEIN
Histoire de la procedure pénale, PARIS, 1882,

FABREGUETTE
La logique judiciaire et l'art du juger, PARIS, 1914.

Faustin HELIE
Pratique criminelle, T. I, Code d'instruction criminelle, 5 éd., completement refndue et mis au courant de la législation et de la jurisprudence, par JEAN BROCHAT, 1951, et éd, 1920 **par** JOSEPH DEPELGES.

Traité d'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, Tome 6, 1867.

FERAINAND EHRHARD
L'interdiction de la « reformatio in pejus », Rev. Sc. Crim., 1993, p. 469.

François GORPHE
Les décisions de justice, Etude psychologique et judiciaire, PARIS, 1952.

François RIGAUX
La nature du controle de la Cour de Cassation, Thèse, BRUX-EIELES, 1966.

Jorge Alberto ROMEIRO
La révision comme facteur d'ennoblissement de la justice, Rev. Sc. Crim., 1970, p. 623 et s.

G. LEVASSEUR et Stefani

Procédure pénale, éd. 1959 et éd 1971.

G. LEVASSEUR
La juridiction correctionnelle depuis l'application du C.P.P. Dans Rev. Sc. Crim. 1959. p. 577 à 609

Gabriel MARTY
La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de controle de la Cour de Cassation sur le juge de fait, Thèse TOULOUSE, 1929.

Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par la Cour de cassation, PARIS, 1938

G. STEFANI
Quelques aspects de l'autonomie de droit pénal sous la direction de G. STEFANI, PARIS, 1956

Georges PICOT

Les jugements par défaut en matière correctionnelle à propose du nouveau Code Autrichien, Dans Revue Critique de Jurisprudence en matière civile, 1874, p. 839 à 857.

La réforme judiciaire, 1881

Georges TELLIER

De l'appel en matière correctionnelle et de simple police en droit français Thèse, PARIS, 1878

Hans WINKEL

Le problème de la juridiction suprême, Thèse, UIRECHT, 1934

H. BOUCHEZ

Discours à l'audience sollennelle de rentrés de la Cour d'Appel de PARIS du 3 nov. 1881.

H. Donnedieu DE VABRE

Traité de droit criminel et de legislation pénale comparée, 3, éd , 1947

Précis de droit criminel, 1964

Henri BARDOT

Droit Romain, Essai sur les voies de recours les jugements. Droit français, Etude sur le pourvoi devant la Cour de Cassation en matière civile. Thèse, PARIS , 1873

Henri ROHEE

De l'appel en matière correctionnelle, Thése, CAEN , 1897

HUGUENEY

Note sous Cas. Crim, 20 Mars 1958. D, 57. 38

J. BROUCHOT

Les voies de recours contre les décisions pénales distinctes des décisions sur le fon,d J. C. P., 1964, 1828

Jacques MAURY
La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation, Rev. de Droit Intrenational Privé, 1931, p. 583 à 590.

Jacques GOULESQUE
Les effets de l'opposition avant son jugement, Rev. Sc. Crim., 1969, 11, p. 720.

Jean CRAVEN
L'influence de droit français sur l'organisation et la juridiction de la Cour de Cassation Genvoise. Dans : La Chambre Criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'Etude en hommages à la memoire de MAURICE PATIN, Président de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, 1965, p. 605 à 651.

Jean DABIN
Le jury face au droit pénal moderne, Travau de la troisiéme journée d'études juridiques, (19 - 20 mal 1967). Bruxelles, 1967.

Jean LARGUIER
La procédure pénale, 1963

Jean - Marie ROBERT
La peine justifiée. Dans la Chambre Criminelle et sa jurisprudence. 1965, p. 569 à 582

Jean PINATEL
Le fait nouveau en matière de révision. Thèse PARIS, 1935

Jean SHMIDT
La Cassation sans renvoi en matiére pénale, Essai d'une justification, Rev. Sc. Crim., 1955, p. 205 à 227.

JULES LE CLECH
Le pourvoi en Cassation en matiére pénale Extrait du Juris-Classeur d'instruction Criminelle, 1950

Moyens de formes et Moyens de fond devant la Cour de Cassation, J, C. P., 1947, 1.634

Jules LE CLECH
De l'insuffisance de motifs, manque de base légale des décisions judiciaire, J.C.P. 11. 1948. 690

LABBE
Note S. 1877. 1, 184

L.DAMOUR
Des voies de recours extraordinaires, J.C.P., 1959. 1. 1494

LE CHEVALIER BRAAS
Précis de droit procédure pourvoi T. II, troisiéme éd., BRUX-LELES 1950

Léon JOUARRE
Les tribunaux de Cassation en législation comparé.

Discours prononcé à l'ouverture de la conférence de stage des avocats au Conseil d'Etat et la Cour de Cassation, PARIS, le 14 Déc. 1901

Léon LEMOINE
De la révision des procès criminels et correctionnels, PARIS 1895

LE POITTEVIN
Rapport sur le demande en révision, Rev. Scéance de la sociètè gènèrale de prison du 19 juin 1897 dans Rev. penitenitiaire. 1895

Cas Crim, 11 Mars 1904, note le POITTEVIN, D. 1908, p. 17

Le Pinoy LEONCE
Droit romain. De l'appel en matière civile.

Droit français. Procédure Civile. Des décisions judiciares susceptibles d'appel. des effets de l'appel. These, Universitè de France, Acadèmie de Danis, Facultè de Droit, 1885.

Louis GRAEFF
Appel en simple police correctionnelle. Thèse, TOULOUSE. 1909

Louis HARDY
Peine justifiee et qualification, Rev, Sc. Crim., 1966, p. 482 et s.

Louis BONNECASE
Des pourvois en cassation dans l'intéret de la loi, et pour excès de pouvoir en matière civile, Thèse, TOULOUSE, 1909

MAGNOL (J.)
Note J. C. P. 1947. II. 3930

M. A, BONNEFONT
De l'appel en matière civile et en matière criminelle en droit romain et en droit français, TOULOSE 1880

MARC ANCEL
Réflection sur l'étude comparative des Cours suprêmes et la recours en Cassation. Annales de L'institut de Droit Comparé de l'Usiversité de PARIS, 1939 , p. 285 à 302

MARCEL MARTIN
Procédure de réctification des erreurs dans les décisions judiciaires, Thèse, NANCY, 1940

Marcel GELIN
Lè pein justifiée, Thèse, LYON , 1922 .

Maurice CHAVANCE
De la Cassation en matière pénale,
Thèse, CAEN, 1898

Maurice MATTELIN
Droit romain, Eassi sur l'organisation judiciaire à Rome, voie de recours contre les jugements, Droit français. La Cour de Cassation, son organisation, son but, Etude génèrale sur les pourvoi en matière civile, Thèse CAEN, 1889

Maurice PATIN
Essaì sur la peine jusifiée. Thèse PARIS, 1936

M. BERBOIS
La révision des procès criminels et correctionnels à l'exclusion de la question d'indemnitè, Thèse DIJON, 1902

M. FREJAVILLE et J.- C. Soyer
Manuel de droit criminel, 1960

M. Le BERTRE
De làdmissibilité de la revision et la matirialité de fait nouveau -dans la loi du 8 Juin 1895, Thèse PARIS, 1901

Michel CARAPIN
Etude critique sur l'institution de l'appel en matière reprassive, Thèse, PARIS, 1941

MOREL
Traité élémentaire de droit civile, 2éme éd. PARIS, 1949

M. Marie - Panl BERNARD
De la reparation des erreurs judiciaires. Dans : Rev. critique de la jurisprudence en matière civile, 1870. p. 360 - 415 et 481 à 523

M. R. M. P.
Note D. 1959 . 277

Paul Albert PAGEAUD

Inculpation tardive et controle de la Cour de Cassation, Dans : la chambre criminelle et sa jurisprudence, 1965, p. 437 à 451

PAUL JANET
Traitè èlèmentaire de philosophie à l'usage des clauses, PARIS, 1899

PAUL LAGUERRE
De l'effet devolutif en matière répressive, des voies de recour exerces par l'imculpé seul Thèse TOULOUSE, 1931

Paul MONGIBEAUX
Des solutions apportées en droit penal français au probleme de l'erreur judiciaire (Revision et Reparation), Thèse POITIERS, 1906

PEAN Jaston
L'erreur judiciaire, Thèse , PARIS, 1895

PETER NEU
Les pouvoirs de contrôle de la cour suprême, Thèse, SARRE 1956

P. HEBRAUD
Effet devolutif et évocation, La règle du double degré de juridiction. Dans : Etude de droit judiciaire sous la direction des Institue d'Etude Judiciaire, Tom 1. AIX-EN-PRO- VENCE, 1963, p. 143 et s.

Pierre BOUZAT
Traité de droit pénale et de criminologie, Tome II, Procédure pénale, Régim des mineurs, Domaine des lois pénales dans le temps et dans l'espace, 2 , éd., 1978

Pierre De CHAUVERON
De pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification criminelle, Thèse PARIS, 1908

Pierre GAUTHIER
Théorie des deux degrés de juridiction, Thèse, Paris, 1897

Pierre - Joseph - Marcel - FOURNIER
Essai sur l'histoire du droit d'appel en droit romain et en droit français, Thèse Paris, 1881

Piei.. MAMIN
Les énonciations nécessaires, Base légale des jugements, J.C.P., 1964 . I.t p. 541

Raoul De La GRASSERIE
De la fonction et des juridiction de cassation en légisiation comparée, Evolution, Comparaison, Réforme, Paris 1611.

Raphael ROUGIER
Droit romain, De la procédure suivie contre les absents.
Droit françaio , des jugements correctionnels par défaut, Thèse, LYON, 1893

Raymond GUILLIEN
L'Acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée, Essai critique, Thèse BORDEAUX, 1931.

RENF ELORIT
Les erreurs judiciaires, 1958

René GARRAUD et Pierre GARRAUD
Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure pénale, Tome cinqnième, 1928

R. GARRAUD
Précis de droit criminel, onzième édition, 1912,
Note D. P. 1900 1. 137

Robert FAZY
De la révision en matière penale, Thèse GENEVE 1899

ROUX

note sous Case, Crim 11 Mars 1981
note S 1906 1. 201
note sous Cas. 5 Mai 1899 et 5 Juillet 1899
S. 1901 297
note sous Cass. 20 fevr. et 26 juin 1896 .
S. 1899 . 1 425

note sous Cas. 29 oct. 1898 Cas Reun 3 juin 1899.
S. 1900 1. 297

R. VIENNE
Le chois de la sanction pénale par le juge. Dans : société de légisiation comparée. Quatrième journées juridiques Franco-Yougoslave - Belgraade, Zagreb, Gubliyana ,
4 - 10 Mai 1959

SARRUT
Note sous Cass. Crim, 1er, Fevr, 1894, D. P. 1897 1. 393

S. MAYER
La question de la révision des procès criminels et correctionnels et des indeminité à accorder aux victime des erreurs judiciaires devant la chambre et les Sénat, Etude de législation, Paris, 1894

VILLEY
Note sous Cas. 10 Janv. 1876, S. 77. 1. 41

Walther - J. HABSCHEID
Les cours superieure en République Fédérale d'Allemagne et la distinction du fait et de droit devant les juridictions suprèmes en France et en Allemagne Dans : Rev, Internationale de Droit Comparé , 1968, p. 79 à 94

YVES Mauoir
La révision pénale en droit Suisse et Genvois, Thèse GENEVE ,
1950

نوقشت هذه الرسالة مساء ٧ مايو ١٩٧٤
بكلية الحقوق ـــ جامعة الاسكندرية
ونال عنها مقدمها أعلى تقدير
تمنحه كليات الحقوق فى مصر

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٧/٣٠٥٦
الترقيم الدولى ٢ - ٠٣ - ٧٢٨٣ - ٩٧٧